الاجهاض بين الإباحة والتجريم



دكتورة

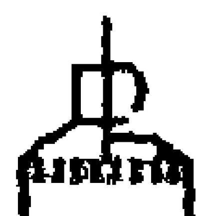
ميادة مصطفى محمد المحروقى

دكتوراه فى القانون الجنائى

كلية الحقوق - جامعة المنصورة



دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة للنشر 

٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

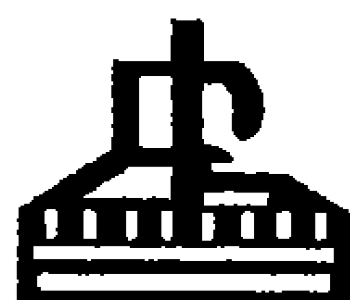
الإجهاض بين الإباحة والتجريم

الإجهاض بين الإباحة والتجريم

دكتور

ميادة مصطفى محمد المحروقي

2014


دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

www.darggalex.com info@darggalex.com

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

{يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ}

صدق الله العظيم

سورة المجادلة: الآية رقم١١

إهداء

إليهم

اعترافاً بفضلهم ....

ووفاء ببعض شذرات صنيعهم

إلى روح أبي الطاهرة

رجاء أن يثقل الله موازينه

وأمي الغالية

أملاً في العافية والخير العميم

إلى قسيمي الروح أخوتي الفضلاء

وإلى رفيق دربي أحمد

أهدي هذا البحث

مقدمة

موضوع البحث

أصبح الإجهاض من أهم القضايا التي تفرض نفسها على الساحة، حيث أحدث جدلاً بين المفكرين والفقهاء في توصيف هذا الأمر والتكييف الشرعي والقانوني له. ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل اضطرت الدول إلى وضع صياغات قانونية تتماشى مع هذه القضية الملحة، حفاظاً على أحقية المرأة ووضعية الجنين؛ وذلك من أجل الوصول إلى ضمان تطبيق القانون واحترامه. ونظراً لصعوبة هذه الموازنة، فقد تعددت الآراء حول مدى مشروعية الحق في الإجهاض؛ ويرجع السبب في ذلك إلى ارتباطه بفروع عديدة من العلوم، كالطب والقانون والفقه والتشريع. فقد انتشر الإجهاض بصورة كبيرة، وإن كان يمكن اعتباره من جرائم الرقم الأسود التي يُسدل عليها الستار، ومن ثم لا يمكن إحصاؤها. ويدور موضوع البحث حول كون الإجهاض فعلاً مباحاً أو مجرماً، وذلك نتيجة اختلاف المجتمعات في كيفية معالجة الأحكام المتعلقة بالإجهاض.

ولم يقف الأمر عند اختلاف أهل العلم والفقه فحسب. بل اختلفت أيضاً نظرة التشريعات الوضعية إليه، حيث اتجهت معظم التشريعات الغربية إلى إباحة الإجهاض؛ وذلك من أجل الحفاظ على حياة الأم وعلى صحتها البدنية والنفسية كالتشريع الأمريكي. كما اتجهت تشريعات أخرى إلى إباحة الإجهاض في حالة التخلص من الجنين المصاب بمرض خطير أو بتشوه لا علاج له كالتشريع الفرنسي.على النقيض من ذلك اتجهت التشريعات العربية باستثناء التشريع التونسي- إلى عدم إباحة الإجهاض، وذلك بالرغم من اتجاه القلة إلى التخفيف من الغلو في التجريم من أجل

مواجهة أفعال الإجهاض، إلا أن هذه التعديلات مازالت طفيفة وغير فعّالة.

وقد جاءت أحكام الإجهاض في قانون العقوبات المصري عامة ومبهمة - على غرار التشريعات الوضعية المقارنة- دون أن تكون مواكبة للتقنيات والتقدم العلمي والضرورات الملحة، ودون أن تساير المستحدثات والظروف الاقتصادية التي باتت تطغى على المجتمعات. وأمام التعارض بين القانون والشرع والتقاليد في مصر، اتخذت قضية شرعية الإجهاض بعداً جديداً؛ حيث بدأت المنظمات الحقوقية في المطالبة بإضفاء الإباحة على بعض الأحكام المتعلقة بالإجهاض، كإجازة إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض خطير، وكذلك النص صراحة على إباحة إجهاض المغتصبة إجهاضاً قانونياً آمناً.

أما التشريع الإسلامي فلم يتضمن نصوصاً صريحة مباشرة تبين حكم الإجهاض، بل جاءت نصوص القرآن الكريم عامة في تحريم قتل النفس بغير حق، الأمر الذي دعا الفقه الإسلامي إلى البحث والتفسير، والوصول إلى حلول مناسبة. وعلى أثر ذلك تم التفريق بين حالتين، تمثلت الحالة الأولى في حكم إجهاض الجنين قبل نفخ الروح، أما الحالة الثانية فتمثلت في حكم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه.

ونظراً لزيادة الوعي لدى الأفراد، فضلاً عن التقدم العلمي وتزايد استخدام الأجهزة والآلات الطبية الحديثة وما ينتج عنها من مخاطر. فقد أدى إلى وجود منازعات تتعلق بالمطالبة بالتعويض عن تلك المخاطر التي قد تتعرض لها الحامل أو جنينها. سواء أتم ذلك أمام القضاء المدني في حالة خطأ الطبيب المعالج أو الصيدلي، أم تم أمام القضاء الإداري في حالة مسئولية جهة الإدارة المتمثلة في المستشفيات أو المرافق الطبية عن أفعال الإجهاض.

أهمية البحث

تعددت التشريعات المعالجة للحق في الإجهاض، واختلفت آراء المشرعين ورجال الدين وغيرهم حول الإجهاض بين مؤيد ومعارض، ولكل منهم حججه. كما اتجهت معظم التشريعات الأوروبية إلى إباحة الإجهاض. أما الدول العربية فمازالت تحرمه إنقاذاً لحياه الأم، باستثناء بعض الدول كدولة تونس للمحافظة على الصحة العامة للأم أو تفادياً لولادة أطفال مشوهين، بشرط أن يتم الإجهاض قبل مرور ثلاثة أشهر على الحمل.

والواقع أن التشريعات التي مازالت تعد الإجهاض أو بعض حالاته جريمة، اختلفت فيما بينها في طبيعة الحق المعتدى عليه، وفى العقوبة على الجريمة. فقد اتجهت بعض التشريعات إلى أن الإجهاض جريمة واقعة على المرأة الحامل وسلامتها، ومن هذا الاتجاه قانونا العقوبات المصري والعراقي. وتذهب تشريعات أخرى إلى أنها واقعة على الجنين، ومن هذا الاتجاه قانون العقوبات في روسيا الاتحادية. في حين تذهب تشريعات أخرى إلي أنها جريمة واقعة على الأخلاق والآداب العامة، ومن هذا الاتجاه قانون العقوبات اللبناني.

ومن ثم تظهر أهمية البحث في محاولة الوصول إلى بيان كون فعل الإجهاض مجرماً أو مباحاً، وذلك بالنظر إلى التشريعات الوضعية التي تناولته، وكذلك موقف التشريع الإسلامي. كما تبدو أهمية البحث من أهمية البحث عن حلول مناسبة تتعلق بالجوانب الحديثة الخاصة ببعض أحكام الإجهاض مثل إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض خطير، وكذلك جنين الاغتصاب بالإضافة إلى التعرض لمسألة طفل الأنابيب وجنين الاستنساخ، وعن الحالات التي يجوز فيها إباحته أو الإعفاء من المسئولية عنه.

إشكالية البحث

يرمي هذا البحث إلى الإجابة عن عدة تساؤلات من أهمها؛ متى يكون الإجهاض مشروعاً؟ ومتى لا يكون كذلك؟ وما هي شروط إباحة الإجهاض؟ وكيف يمكن التوفيق بين حق المرأة على جسمها وبين حق الجنين في حياة مستقبلية؟ وما مدى حق المرأة في إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بعاهة وراثية أو مرض خطير؟ كذلك ما مدى الحق في إجهاض جنين الاغتصاب؟ وهل يتوافر القصد غير العمدى فى الإجهاض (الخطأ)، ومدى توافر المسئولية عنه؟ وكيف يمكن قيام المسئولية المدنية عن أفعال الإجهاض؟ وهل تُسأل جهة الإدارة عن أفعال الإجهاض؟ وما هي الشروط المتطلبة من أجل الحكم بالتعويض عن أفعال الإجهاض؟

منهج البحث

يقوم البحث على أساس من المنهج التأصيلي والتحليلي والمقارن؛ فهو يتبع منهجاً تأصيلياً حيث يرد الفروع إلى أصولها. ويتبع منهجاً تحليلاً حيث يصل إلى النتائج والفروع. كما أنه يتبع منهجاً مقارناً، وذلك يظهر من خلال بيان التشريعات الجنائية المختلفة بالإضافة إلي التشريع الإسلامى، وكذلك المنهج الوصفي، والذى يقوم على ثلاثة أركان وهي تشخيص المشكلة، ومعرفة أسبابها، واقتراح الحل المناسب لها.

صعوبات البحث

تعرضت أثناء هذا البحث في هذا الموضوع إلى عدة صعوبات، حيث تمثلت أغلبها في الآتي:-

- قلة المراجع الخاصة بالإجهاض، وعلى الأخص المراجع الحديثة.
- اختلاف المادة العلمية، حيث أن هذا الموضوع يرتبط بفروع شتى، فمنها ما يتعلق بالناحية الطبية، ومنها ما يتعلق بالناحية القانونية،

وكذلك ما يتعلق بالتشريع الإسلامي. فكان الأمر شديد الصعوبة في الجمع والتوفيق بين تلك الفروع، من أجل تصنيف هذا البحث لإخراجه بشكل قانوني جامع وشامل لكل ما يتعلق بأحكام الإجهاض.

- نظراً لكثرة وتباين موقف التشريعات الوضعية المختلفة، فضلاً عن التطورات السريعة والمستمرة التي تشهدها تلك التشريعات، فقد جعلنا نبحث في العديد من القوانين الوضعية المختلفة، سواء في التشريعات العربية أو التشريعات الأجنبية. وكان هذا الأمر شاقاً، حيث يلزم متابعة كل ما هو جديد ومتعلق بموضوع البحث.

- حداثة الفتاوى الإسلامية المتعلقة بالإجهاض، وعلى الأخص التي تواجه المستحدثات العلمية والتطورات التي طرأت على مجتمعاتنا، كالتخصيب الصناعي، وإجهاض جنين المغتصبة، وإجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض وراثي خطير، وهو ما جعلنا نجتهد في تتبع كل ما هو جديد من أجل الوصول إلى الحل الشرعي والملائم لهذه الأحكام.

وفي النهاية وفقني الله في إخراج موضوع البحث بهذا الشكل، حيث تكرست الرغبة في أن يكون موضوع البحث جامعاً وشاملاً لكل ما يتعلق بأحكام الإجهاض، وأن يواكب التطورات والمستحدثات التي طرأت على مجتمعاتنا، وكذلك التطورات العلمية التي أصبح لا نهاية لها، مع مراعاة أحكام شريعتنا الإسلامية في هذا المجال.

خطة البحث

عالجت في هذا البحث الأحكام المتعلقة بالإجهاض، حيث تعرضت في باب أول لماهية الإجهاض ومدى مشروعيته، وتناولت في الباب الثاني الأركان العامة المكونة لجرائم الإجهاض وفقاً للتشريعات التي جرمته، أما الباب الثالث فعالجت فيه المسئولية

الجنائية عن جرائم الإجهاض، والمتمثلة في العقوبات والتدابير الاحترازية. وفي باب أخير تناولت المسئولية المدنية والإدارية الناشئة عن أفعال الإجهاض.

- **تقسيم البحث**

يتم تقسيم هذا البحث على النحو التالي:-

الباب الأول: ماهية الإجهاض ومدى مشروعيته

الفصل الأول:- ماهية الإجهاض.

الفصل الثاني:- مدى مشروعية الإجهاض.

الباب الثاني: الأركان العامة في جرائم الإجهاض

الفصل الأول:- الشرط المسبق في جرائم الإجهاض.

الفصل الثاني:- الركن المادي في جرائم الإجهاض.

الفصل الثالث:- الركن المعنوي في جرائم الإجهاض.

الباب الثالث: المسئولية الجنائية عن جرائم الإجهاض

الفصل الأول:- أسباب الإباحة وموانع المسئولية في الإجهاض.

الفصل الثاني:- العقوبة والتدابير الاحترازية في جرائم الإجهاض.

الباب الرابع: المسئولية المدنية والإدارية الناشئة عن أفعال الإجهاض

الفصل الأول:- خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية عن الإجهاض.

الفصل الثاني:- المسئولية الإدارية الناشئة عن الإجهاض.

الباب الأول
ماهية الإجهاض ومدى مشروعيته

تمهيد:-

نظراً لتنوع الفروع التي يرتبط بها الإجهاض، فقد تعددت مفاهيمه. فالإجهاض يُعد مرتبطاً بالناحية الطبية، كما يعد مرتبطاً بالناحية القانونية، الأمر الذي أدى إلى تعدد مفاهيمه بحسب طبيعة الفرع الذي يرتبط به. وقد يتشابه الإجهاض مع غيره من الأفعال الأخرى، والتي تتمثل في جرائم القتل. وكذلك قد يتشابه مع منع الحمل، وسوف نتعرض لبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما في مبحث مستقل.

على الأكثر من ذلك قد يحدث الربط بين أنواع الإجهاض وبين صوره، إلا أن كليهما مختلفان، حيث أن أنواع الإجهاض تتمثل في كونه إجهاضاً تلقائياً أو طبيعياً، وقد يكون الإجهاض إرادياً، نتيجة الظروف الاقتصادية والاجتماعية، والتي أصبحت تطغى على المجتمع. أما فيما يتعلق بصور الإجهاض، فتتنوع بحسب الكيفية التي يتم بها إجراء الإجهاض، وبحسب الفاعل في كل صورة منها واختلفت نظرة التشريعات الوضعية لهذه الصور. وتعددت عقوبة كل منهما على ما سنرى فيما بعد.

وحيث أن الإجهاض أصبح موضوعاً يطرح نفسه على ساحة النقاش باستمرار، فقد تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية بين مؤيد ومعارض، فاتجه البعض إلى تأييد الحق في الإجهاض في حين اتجه جانب آخر إلى معارضة الحق في الإجهاض، استناداً إلى حق المرأة في الإنجاب، وحق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية خالية من المشاكل والعيوب.

ونتيجة لذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الغربية إلى إباحة

الإجهاض متى تم وفقاً لشروط وإجراءات معينة كالتشريع الأمريكي والتشريع الفرنسي، وعلى النقيض اتجهت معظم التشريعات العربية إلى عدم إباحة الحق في الإجهاض، على الرغم من اتجاه القلة إلى التخفيف من حدة الأحكام المتعلقة بالإجهاض.

وبناء على ما تقدم فنتناول في فصل أول ماهية الإجهاض، على أن يعالج هذا الفصل مفهوم الإجهاض والتمييز بينه وبين الأفعال المشابهة له في مبحث أول، والتعرض لبيان أنواع الإجهاض وصوره في مبحث ثان، كما نستوضح في الفصل الثاني من هذا الباب مدى مشروعية الحق في الإجهاض، مع بيان حجج مؤيدي الحق في الإجهاض، والتشريعات التي انتهجت مذهب الإباحة، بالإضافة إلى بيان حجج معارضي الحق في الإجهاض، مع بيان موقف التشريعات التي انتهجت مذهب التجريم، فضلاً عن بيان موقف التشريع الإسلامي والذي حسم كل هذه الأمور من قبل.

يتم تقسيم هذا الباب على النحو التالي:-

الفصل الأول: ماهية الإجهاض.

الفصل الثاني: مدى مشروعية الإجهاض.

الفصل الأول
ماهية الإجهاض

تمهيد:-

نتناول في هذا الفصل مفاهيم الإجهاض، والتي تنوعت ما بين المفهوم اللغوي، والمفهوم الطبي، والمفهوم الفقهي والقضائي. كما نتعرض للتمييز بين أفعال الإجهاض وغيره من الأفعال المشابه له كمنع الحمل وجرائم القتل، وبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

ونتعرض كذلك لبيان أنواع الإجهاض، كالإجهاض التلقائي والإجهاض الإرادي. كما نتناول أيضاً صور الإجهاض، والتي تتمثل في إجهاض الحامل نفسها، وإجهاض الغير للحامل. وفيما يتعلق بإجهاض الغير للحامل فقد اشتمل على عدة صور، تتمثل في إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة، وإجهاض الغير للحامل عن طريق العنف، وأخيراً إجهاض ذي الصفة للحامل. وذلك من خلال المباحث الآتية:-

المبحث الأول: مفهوم الإجهاض والتمييز بينه وبين الأفعال المشابهة له.
المبحث الثاني: أنواع الإجهاض وصوره.

المبحث الأول

مفهوم الإجهاض والتمييز بينه وبين الأفعال المشابهه له

تمهيد:-

اختلفت مفاهيم الإجهاض فمنها ما هو لغوي، ومنها ما هو قضائي وفقهي، وأخيراً ما عرفه رجال الطب. كذلك قد تتشابه أعمال الإجهاض مع غيرها من الأفعال الأخرى، والتي تتمثل في منع الحمل، أو جرائم القتل.وهو ما نعرض له من خلال المطالب الآتية:-

المطلب الأول: مفهوم الإجهاض.

المطلب الثاني: التمييز بين الإجهاض والأفعال المشابهه له.

المطلب الأول

مفهوم الإجهاض

نتناول في هذا المطلب بيان مفهوم الإجهاض اللغوي، كما نتعرض لبيان رأي الفقه والقضاء الجنائي فيما يتعلق بالمقصود بالإجهاض، إلى جانب بيان تعريف أهل الطب لمفهوم الإجهاض على النحو التالي:-

الفرع الأول

المفهوم اللغوي للإجهاض

الإجهاض جمع مجاهيض، ويقال أجُهضت الحامل: أي ألقت ولدها لغير تمام، وفي الطب ألقت حملها قبل نهاية الأسبوع الثامن من الحمل، فهي مُجهض ومُجهضة، جمع مجاهيض والولد مجهض وجهيض، ويعرف المِجهاض: بأنها من عادتها الإجهاض. (1)

---

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة سنة ٢٠٠٠،ص ١٢٤ .

ويعرف الإجهاض أيضاً بأنه خروج الجنين قبل الشهرالرابع، ويقال:أجهضت جنيناً، وفي الحديث " فأجهضت جنينها"٠(١)

وجاء في لسان العرب في مادة أجهض: أجُهضت الناقة إجهاضاً، وهي مجهض أي ألقت ولدها لغير تمام، ويقال للولد مجهض إذا لم يستبين خلقه٠ وقيل الجهيض: السقط الذي تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش٠(٢)

يبدو من تلك التعريفات أنها تجتمع موحدة لتشتمل على عدة عناصر، والتي تتمثل في أن الإجهاض لا يقع إلا على إمرأة حامل دون غيرها٠ فإذا وقعت الأفعال المؤدية للإجهاض على إمرأة غير حامل، فإن تلك الأفعال لا تندرج تحت مفهوم الإجهاض٠ كما أن الإجهاض يقوم على أساس إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان وهو غير قابل للحياة٠ وهذا يعني أن إخراج الجنين قبل موعد ولادته الطبيعة وهو قابل للحياة يخرج من نطاق التعريفات اللغوية الخاصة بالإجهاض٠ ونلاحظ أن الإجهاض يطلق عليه مرادفات أخرى، والتي منها السقط، الإملاص، الطرح، والإزلاق٠

الفرع الثاني
المفهوم الفقهي والقضائي للإجهاض

لم تضع غالبية التشريعات الوضعية تعريفاً محدداً لمفهوم الإجهاض، تاركاً تلك المهمة للفقه والقضاء٠ بل اكتفت تلك التشريعات بالنص على الأحكام المتعلقة بالإجهاض، وذلك دون إيراد مفهوم معين للإجهاض٠ الأمر الذي ترتب عليه تعدد التعريفات بين

---

١) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية،الجزء الأول، طبعة سنة ٢٠٠٠، ص ١٤٨- ١٤٩ ٠

٢) لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، الجزء السابع، دارالقلم، بيروت، سنة ١٩٧٩، ص ١٣١ ،١٣٢ ٠

الفقه والقضاء علي النحو التالي :-

(أ) **مفهوم الإجهاض في رأي الفقه القانوني.**

يقصد بالإجهاض "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد ولادته ، إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة ".[1]

ويعرفه رأي آخر بأنه "إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمداً في الرحم"[2]. وورد الإجهاض أيضاً بمعنى " إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي" .[3]

واتجه رأي في الفقه إلى أن الإجهاض" هو الولادة قبل موعدها الطبيعي، يتم ذلك بصورة إرادية بقصد إنهاء حياة الجنين، أياً كانت الوسيلة المستخدمة"[4]

(ب) **مفهوم الإجهاض في أحكام القضاء .**

عرف القضاء الإجهاض بأنه "كل فعل من شأنه موت الجنين أو إنزاله قبل الميعاد الطبيعي لولادته، وأن يبين علاقة السببية بين فعل الإسقاط وبين موت الجنين أو نزوله قبل الميعاد الطبيعي، بما يفيد أن الموت أو نزول الجنين كان نتيجة لفعل الإسقاط ".[5]

وتعرفه محكمة النقض بأنه تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان.

---

[1]) د. رءوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال "، دار الفكر العربي،سنة ١٩٨٥، ص ٢٢٦ .

[2]) د. محمود نجيب حسني "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ ، ص ٥٠١ .

[3]) د. فوزية عبد الستار "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧، ص ٤٩١.

[4]) See: Malcolm Potts, Peter Diggory, John Peel: "Abortion", CUP Archive, 1977. P. 22.

[5]) نقض ٢٠٠٤/٢/١٩، طعن رقم ٢١٨٣٧ لسنة ٧٣ ق، مجلة المحاماه، العدد الرابع، طبعة ٢٠٠٥، ص ٣٩٥، ٣٩٦ .

وفي هذا المعنى تقول "من المقرر أن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ومتى تم ذلك فإن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها، وليس في استعمال القانون لفظ الإسقاط ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم في مثل هذه الحالة ركن من أركان الجريمة، ذلك بأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط أن المشرع افترض بقاء الأم علي قيد الحياة، ولذلك استخدم لفظ الإسقاط. ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل".(1)

يتبين من تعريف القضاء للإجهاض، أنه افترض تحقق الفعل المعاقب عليه بنزول الجنين من الرحم قبل الأوان ميتاً أو حياً. وهذا يعني أن الإجهاض يتحقق من الناحية القضائية ولو خرج الجنين حياً وقابلاً للحياة. ويتحقق الفعل أيضاً ولو تم إنهاء الحمل وظل الجنين في رحم الأم بعد وفاتها، وهو ما يؤدي غالباً إلي وفاة الجنين تبعاً لوفاة الأم.

الفرع الثالث

المفهوم الطبي للإجهاض(2)

يُعرف الإجهاض الطبي بأنه خروج محتويات الرحم قبل اثنين وعشرين أسبوعاً من آخر حيضة حاضتها المرأة، أو عشرين أسبوعاً من لحظة تلقيح البيضة بالحيوان المنوي(3).

---

1) نقض ١٩٧٠/١٢/٢٧، طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٤٠ ق، مجموعة أحكام النقض، ص ١٢٥٠، ١٢٥١.

2) Kerri Schuiling, Frances Likis: "Women's Gynecologic Health", Jones & Bartlett Publishers, 2012.

3) د. أيمن مصطفى الجمل، "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١٠، ص ٧٩.

واتجه رأي إلى أن خروج محتويات الحمل قبل عشرين أسبوعاً يعد إجهاضاً، أما نزول محتويات الرحم في الفترة ما بين ٢٠:٢٨ أسبوعاً يعد ولادة· وقد كان الأطباء حتى عهد قريب يعتبرون خروج الجنين قبل ٢٤ أسبوعاً يعتبر غير قابل للحياة، إلا أنهم عدلوا عن رأيهم بعدما عاش الكثير من المولودين بعد ٢٤ أسبوعاً فقط· ولهذا دونت المراجع الطبية الحديثة هذه الملحوظة وجعلت أقل مدة للحمل ٢٤ أسبوعاً·(١)

ويتجه رأي أخر من أهل الطب إلى القول بأنه "من الناحية العملية يجب أن يتوقف الإجهاض تماماً بعد الأسبوع العشرين من بدء الحمل، لأنه بعدها يعتبر ولادة، ولا يجوز وصف الفعل بأنه إجهاض طالما دخل الجنين في مرحلة القابلية للحياة، وأصبح بمقدوره أن يعيش خارج الرحم، ويحدث ذلك بعد مرور عشرين أسبوعاً من بدء الحمل"·(٢)

وقد عبرت منظمة الصحة العالمية في عام ١٩٥٠ عن الإجهاض باصطلاح "الموت الجنيني"· وعرفته بأنه "وفاة الجنين قبل خروجه كاملاً من رحم أمه، بصرف النظر عن مدة الحمل"· وتم تقسيم الموت الجنيني إلى ثلاث مراحل وهي ١- الوفاة المبكرة وهي حتى الأسبوع التاسع عشر من الحمل، ٢- الوفاة المتوسطة وهي من الأسبوع العشرين إلى الأسبوع الثامن والعشرين، ٣- الوفاة المتأخرة وهي ما زادت عن الأسبوع الثامن والعشرون·(٣)

---

١) منشور عبر مواقع النت، د. عبلة الكحلاوي، تاريخ الزيارة ٢٠١٠/١/٣ www.islamic.com

٢) د. احمد جعفر " الإجهاض وتنظيم الأسرة"، المركز القومي للبحوث، عدد يونيو، سنة ١٩٧٤، ص ٧ ·

3) Malcolm Potts, Peter Diggory, John Peel: "Abortion". Op cit, p. 20.

وفي رأينا يعرف الإجهاض بأنه إخراج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعية حياً أوميتاً، ناقص الخلقة وناقص المدة ،سواء تم ذلك بفعل المرأة نفسها، أو بفعل الغير وبأية وسيلة، الأمر الذي يؤدي إلى إنهاء الحمل، وهو ما يعد اعتداء على حق الجنين في حياة مستقبلية، وحرماناً للمرأة من حقها في الإنجاب.

المطلب الثاني
التمييز بين الإجهاض والأفعال المشابهه له

تمهيد:-

يتشابه الإجهاض مع غيره من الأفعال المشابهة له والتي تتداخل معه في بعض النقاط، فقد يختلط الأمر بين الإجهاض ومنع الحمل، كذلك قد يختلط مفهومه أو نتائجه بجريمة القتل، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً بين كل منهم، وهو ما نتعرض له علي النحو التالي:-

الفرع الأول
الإجهاض ومنع الحمل

نظراً لازدياد الوعي والثقافة العامة، ونظراً للتنامي السريع للدول والرغبة في تنظيم الأسر بطريقة تتناسب مع دخل الفرد والخدمات التي تقدمها الدولة، أصبحت الحاجة إلي اللجوء إلى تنظيم الأسرة وتحديد النسل أمراً ملحاً وضرورياً، ومن ثم ظهر ما يسمى بوسائل منع الحمل والتي تنوعت أشكالها وطرقها، مما جعل البعض ينظر إليها وكأنها وسائل مجهضة، ومن ثم كان الخلط بين منع الحمل والإجهاض.

كما سبق وقلنا أن الإجهاض هو فعل واقع علي المرأة الحامل،

سواء بنفسها أو بفعل الغير بقصد إنهاء حياة الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية. أما منع الحمل فهو الحيلولة دون حصول الحمل عند المرأة. وهنا يتفق الإجهاض مع منع الحمل في أن كليهما محله المرأة، وأن كليهما واقع على الجنين. ولكننا نرى أن الفارق بينهما واضح في أن الإجهاض هو إنهاء لحياة الجنين، وهذا القول يدل على وجود حمل قد بدأ فيه تكوين الجنين أياً كان عمره. أما منع الحمل فهو الحيلولة دون وجود حمل، فهو منع لوجود الجنين قبل تكوينه، وهنا اختلف الفقه في تحديد بداية الحمل.

فقد اتجه بعض الفقه إلى أن الحمل يبدأ من لحظة التقاء البويضة بالحيوان المنوي، فمنذ هذه اللحظة- وهي ما تسمى لحظة التلقيح- يصبح للبويضة الملقحة حرمة بحيث أن أي اعتداء عليها يعتبر إسقاطاً.([1])

واتجه رأي آخر إلى أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في جدارالرحم. أما الفترة ما بين التلقيح والزراعة فلا يكون هنالك حمل. ومن ثم فإن الاعتداء عليها لا يشكل فعل الإسقاط.([2])

ويلاحظ أن لمنع الحمل وسائل عدة، بعض هذه الوسائل تؤدي عملها بشكل عام والتي تقوم بمنع التقاء السائل المنوي بالبويضة، أو بمنع وصول الحيوان المنوي إلي البويضة، أو منع خروج البويضة من المبيض. في هذه الحالات لا يوجد حمل سواء بالنسبة للرأي الأول أو

---

[1]) د. محمود نجيب حسني "القسم الخاص"، مرجع السابق، ص ٥٠٢ .انظر ايضاً د. حسن محمد ربيع "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الـ لبعة الثالثة، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨، كذلك منشور عبر مواقع النت، د. عائشة سعيد ٢٠٠٨/١/١٧، تاريخ الزيارة ٢٠٠٩/١٢/١٣ www.f-law.com

[2]) د. منال مروان منجد "الإجهاض في القانون الجنائي، دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٤٥ .

الرأي الثاني، ومن هنا تنتفي العلاقة بين الإجهاض ومنع الحمل. ([1])

وبالرغم من ذلك يوجد من بين هذه الوسائل ما يمكن اعتباره محققاً لفعل الإجهاض وفقاً للرأي الأول، والتي تقوم بمنع التقاء البويضة بالحيوان المنوي، ومنها ما يسمى (بالحبوب المفردة). هذه الحبوب تحتوي على هرمون البروجيسترون، والذي يعمل على منع الحمل بمنع التبويض وكذلك تغيير إفرازات عنق الرحم، والتأثير على بطانة الرحم. وبالتالي تؤثر على دخول الحيوانات المنوية إلى رحم المرأة، ومن ثم منع عملية التقاء البويضة بالحيوان المنوي ومنع انغراز الأجنه .([2])

وتندرج وسائل أخري تحت قائمة وسائل منع الحمل والتي تعتبر وفقاً للرأي الثاني محققة لفعل الإجهاض، والتي منها ما يسمى (اللولب الرحمي). والذي يعد من بين الطرق الميكانيكية التي تستخدم لمنع الحمل، وهو عبارة عن آلة بسيطة مصنوعة من البلاستيك او قطع نحاسية صغيرة توضع داخل الرحم، عن طريقها يتم منع انغراز الأجنة في جدار الرحم، أي أنه يقوم بتدمير البويضة الملقحة. وهذا يعني أن من يقوم باستخدام هذه الوسيلة وفقاً لهذا الرأي يعد مرتكباً لجريمة الإجهاض .

وجدير بالذكر أن منع الحمل يختلف عن تحديد النسل؛ ذلك لأن منع الحمل يعني استخدام المرأة لوسائل مانعة للحمل- كاللولب أو الواقي الذكري أو الوسائل الكيماوية- والتي تحول

---

[1]) Council of Europe, European Committee for Equality between Women and Men. "Guaranteeing Freedom of Choice in Matters of Reproduction, Sexuality and Lifestyles in Europe, Trends and Developments: International Forum, Tallinn(Estonia), 27-29 November 1997". Council of Europe, 1999. P, 42.

[2]) See: Kerri Schuiling, Frances Likis: "Women's Gynecologic Health", Jones & Bartlett Publishers, 2012. P, 39.

دون حمل المرأة لفترة زمنية مؤقتة. فالمرأة في هذه الحالة تستطيع أن تعدل عن استخدام هذه الوسائل متى أرادت الإنجاب دون وجود صعوبات تواجهها في ذلك. أما تحديد النسل، فهو إيقاف دائم للحمل، يلجأ إليه الزوجان إما لتحديد حجم الأسرة، أو في حالة كون الحمل يمثل خطورة على المرأة، والذي يتم في الغالب عن طريق تعقيم المرأة أو الرجل.(١)

وفي رأينا أن بدء الحمل يكون منذ لحظة التقاء بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل وهو ما يسمى (عملية الإخصاب)؛ ذلك لأن القول بأن بدأ الحمل يبدأ منذ زراعة البويضة الملقحة بجدار الرحم، لا يحقق الحماية الكاملة للجنين، نتيجة لوجود فترة زمنية بين تمام التلقيح وبين تمام الزراعة، ففي هذه الفترة يلزم من وجود حماية جنائية للبويضة الملقحة والتي قد ينتج عنها حمل مستكن جدير بالحماية الجنائية .

وخير دليل على ذلك أن المشرع الإسلامي تحدث عن الأطوار التي يمر بها الجنين داخل الرحم منذ وقت التلقيح، والذي اعتبره أصل التكوين الجنيني وحتى لحظة الولادة، فقال تعالى {فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ}(٢). وقال أيضاً {ثُمَّ جَعَلْنَاهُ

---

(١) د. محمود أحمد طه محمود "الإنجاب بين التجريم والمشروعية"، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٠، ص ٢٥٦ . ويرد فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي رحمه الله، بأن " التعقيم حرام حرام حرام بالإجماع لأي سبب حتى ولو خاف الجراح انفجار الرحم، وذلك لأن علم الطبيب غير علم الله، والمرأة ليست آلة أو ميكانيكا، والأطباء لا يعرفون متى سيرزقها الله العافية، والذي يجترئ عليها، سيحوجه الله إليهم، ويزيل الله كل من معه فيحتاج للنسل مرة أخرى". نفس المرجع، ص ٢٦٠ .

(٢) سورة الطارق، الآيات رقم ٥،٦،٧ .

نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ}([1])٠ والنطفة هنا تعني البويضة الملقحة والتي تكون ناتجة عن التحام الحيوان المنوي بالبويضة. وهذا يدل على أن مرحلة التلقيح تدخل ضمن مراحل تكون الجنين، بل هي أساس تكوين الجنين، وبالتالي فهي من أحق المراحل الجديرة بالحماية٠

أما في التشريعات الوضعية، فإن أغلب التشريعات الجنائية لم تحدد لحظة بداية الحمل٠ وعلى العكس من ذلك اتجهت تشريعات قليلة إلى تحديد لحظة الحمل ومنها "قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة" الصادر في انجلترا عام ١٩٩٠ ٠ فقد نص هذا القانون على سريان أحكام جريمة الإجهاض منذ بداية التصاق البويضة الملقحة بالرحم٠ ويمثل ذلك بداية مرحلة الحمل وحتي انقضاء الشهر السادس كقاعدة عامة، فلا يمتد حكم هذه النصوص إلى ما قبل هذه المرحلة ولا بعدها٠([2])

خلاصة ذلك نرى أنه بالرغم من أن بعض وسائل منع الحمل يمكن اعتبارها محققة لفعل الإجهاض، إلا أن الإجهاض يختلف عن منع الحمل، وإلا أدرجه المشرع الجنائي تحت طائفة الجرائم المعاقب عليها في قانون العقوبات٠ لذلك فمن الأحرى به أن ينص صراحة على لحظة بداية الحمل، حتي يمكن تحديد متي تبدأ الحماية الجنائية المقررة من خلال نصوصه ٠

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١- ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع تنظيم النسل، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله٠ وبناء على أن من مقاصد الزواج في

---

[1]) سورة المؤمنون، الآية رقم ١٣ ٠

[2]) د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص ٤٤٠

الشريعة الإسلامية الإنجاب والحفاظ على النوع الإنساني، وأنه لا يجوز إهدار هذا المقصد، لأن إهداره يتنافى مع نصوص الشريعة وتوجيهاتها الداعية إلى تكثير النسل والحفاظ عليه والعناية به، باعتبار حفظ النسل أحد الكليات الخمس التي جاءت الشرائع برعايتها، قرر ما يلي:- (١)

أولاً: لا يجوز إصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب.

ثانياً: يحرم استئصال القدرة على الإنجاب في الرجل أو المرأة، وهو ما يعرف بالتعقيم(٢)، ما لم تدع إلى ذلك الضرورة بمعاييرها الشرعية.

ثالثاً: يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم.

وقد أباحت دار الإفتاء المصرية وسائل منع الحمل بشروط معينة بقولها "لا مانع شرعاً من إيقاف الحمل لفترة من الزمان، ما داما يقصدان من وراء ذلك حسن التربية لطفلهما، وما داما يؤمنان هذا الإيمان العميق بقدرة الله تعالى على كل شيء، ومسلكهما هذا إنما هو لون من مباشرة الأسباب الشريفة التي أحلها الله تعالى". كما أباح استعمال وسائل منع الحمل إذا كان الدافع هو حاجة المجتمع

---

(١) مجلة مجلس مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، ص ٧٣.

(٢) التعقيم هو جراحة تجرى للنساء وللرجال بهدف منع الحمل، فهو يهدف بصورة عمدية الى جعل الرجل أو المرأة غير صالحين للإنجاب بصورة دائمة." للمزيد انظر د. محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

إلى تنظيم النسل وليس لحاجة الزوجين([1]).

الفرع الثاني
الإجهاض وجريمة القتل

يتفق الإجهاض مع جريمة القتل في أن كليهما إنهاء للحياة، إلا أن الإجهاض إنهاء لحياة الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية. أما القتل فهو إزهاق لروح إنسان حي. ومن هنا يختلف الإجهاض والقتل في محل الجريمة، بالإضافة إلى اختلافهما في المصلحة محل الحماية، الأمر الذي أدى إلى اختلاف العقوبة المقررة لكل منهما، وهو ما يتم بيانه على النحو التالي:-

أ) المصلحة محل الحماية.

أراد المشرع بتجريمه للقتل حماية الحق في الحياة؛ فالمشرع يكفل لكل إنسان الحق في الحياة منذ لحظة ميلاده إلى لحظة وفاته وفاة طبيعية. أما المصلحة التي أرادها المشرع حمايتها في الدول التي جرمت الإجهاض، هي حق المرأة في الإنجاب. فقد كفل المشرع حق المرأة في الإنجاب وجعله ثابتاً لها. وكل حرمان أو تقييد لحق المرأة في الإنجاب بمقتضى نص تشريعي يكون مخالفاً لدستور الدولة. كما أراد المشرع تجريم الإجهاض لحماية حق الجنين في حياة مستقبلية .

ب) نوع الجريمة.

تعتبر جرائم القتل من الجرائم العمدية، وذلك بتوافر ركنيها المادي والمعنوي. وقد تكون من الجرائم غير العمدية، وذلك إذا اتخذ فيها الركن المعنوي صورة الخطأ. أما الإجهاض فيعد جريمة عمدية فلا يتخذ فيه الركن المعنوي صورة الخطأ، بل يتخذ صورة القصد

---

[1]) فتوى د. محمد سيد طنطاوي، مشار إليه د. محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص ٢٧٦ .

الجنائي بصورتيه، وبالتالي لابد أن يتوافر لدى مرتكب فعل الإجهاض العلم والإرادة حتى يعتبر مسئولاً عن ارتكابه لجريمة الإجهاض .

ج) محل الجريمة:

محل جريمة القتل إنسان حي. وبالتالي لا تقوم جريمة القتل إلا إذا كان المجني عليه إنساناً حياً عند ارتكاب جريمة القتل. فقد نصت المادة ٢٣٤ من قانون العقوبات المصري بقولها " من قتل نفساً عمداً..". والمقصود بالنفس هنا هو الإنسان المستقل بذاته. ومن ثم يختلف القتل عن الإجهاض في أن محل جريمة الإجهاض هو الجنين الذي ما زال جزءاً من أمه. وهذا يعني أنه إذا خرج الجنين من بطن أمه فإنه يصلح أن يكون مجنياً عليه في جريمة القتل. أما وقوع أي اعتداء عليه قبل لحظة ولادته الطبيعية، فإنه يندرج تحت مسمى جرائم الإجهاض .

ويلاحظ أن فعل الإجهاض قد يتحقق بقتل المرأة الحامل، ففي هذه الحالة يتم إزهاق نفس المرأة الحامل وهو ما يكون محل جريمة القتل، بالإضافة إلي إنهاء حياة الجنين. وهنا إذا توافر لدي الجاني القصد العمدي المتطلب في الإجهاض وقت اقترافه فعل القتل، فإنه يعد مرتكباً لجريمتي القتل العمد والإجهاض. وفي هذه الحالة يتوافر التعدد المعنوي للجرائم، ويعاقب الجاني بعقوبة القتل باعتبارها الجريمة الأشد.

بل اتجه القانون البلجيكي إلى النص على جريمة الإجهاض المفضي إلى موت، وذلك بنص خاص وفقاً للمادة ٣٥٢ من قانون العقوبات البلجيكي، حيث يقع هذا النوع من الإجهاض تاماً إذا أفضى الإجهاض إلى موت المرأة، حتى ولو كانت المرأة غير حامل، سواء خرج

الجنين حياً أم ميتاً.([1])

ولم تحدد أغلب التشريعات الجنائية اللحظة التي يمكن من خلالها القول بأن الجنين أصبح إنساناً يستحق الحماية المقررة للإنسان الحي. وقد اتجه رأي في الفقه إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ مع بدء آلام الولادة دون اشتراط ظهور أحد أعضاء الجنين أو ظهور تنفسه من عدمه. وهذا يعني أن الحياة الإنسانية تبدأ حتى قبل نزول الجنين من الرحم. ويبرر هذا الاتجاه على أساس ضرورة وجود حماية جنائية خلال فترة الولادة.([2])

أما غالبية الفقه فقد اتجه إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد عملية الولادة، بحيث أن أي اعتداء علي الجنين أثناء إجراء عملية الولادة يعتبر قتلاً وليس إجهاضاً([3]). ولكننا نرى أن بدء الحياة الإنسانية يتم منذ لحظة نزول الجنين من الرحم كاملاً حياً. ففي بعض الحالات يتم التضحية بحياة الجنين إنقاذاً لحياة الأم، وفي هذه الحالة يتم ولادة جنين ميت، ومن ثم لا يكتسب صفة الإنسان ولو كان حياً قبل نزوله ميتاً. أما إذا نزل الجنين حياً، ثم مات بعد ولادته بلحظات، فيستحق في الفترة ما بين ولادته ووفاته صفة الإنسان.

ولا يحول دون وقوع جريمة القتل أن يكون المولود معيباً، بحيث قرر الأطباء أنه سوف يموت قريباً، فمن المقرر أن جريمة القتل تقع

---

[1])Stéphanie Villers. "L'avortement et la justice, une répression illusoire?. discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique (1918-1940)". Presses univ. de Louvain, 2009. P 32 .

[2]) د. محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٥٠٤، كذلك انظر د.حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٤٥ . انظر ايضاً د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص٥٠

[3]) د.عبد المهيمن بكر "القسم الخاص في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٨، ص ١٧٢ .

بالتعجيل بلحظة الوفاة، فمن يقتل شخصاً محكوماً عليه بالإعدام قبل تنفيذ الحكم عليه يرتكب جريمة القتل ٠(١)

وكان التشريع الكويتي من التشريعات القليلة التي حددت متى يكتسب الجنين صفة الإنسان، بحيث يصلح أن يكون مجنياً عليه في جريمة القتل٠ وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ١٥٥ من قانون الجزاء الكويتي بقولها "يعتبر المولود إنساناً يمكن قتله متى نزل حياً من بطن أمه، سواء في ذلك تنفس أم لم يتنفس، سواء كانت الدورة الدموية مستقلة فيه أم لم تكن، وسواء كان حبل السرة قد قطع أم لم يقطع"٠

أما المشرع الإنجليزي فقد حدد اللحظة التي يكتسب فيها الجنين صفة الإنسان، وهي لحظة انفصاله التام عن أمه٠ وحتى لا يبقى الجنين بمعزل عن الحماية الجنائية أثناء عملية الولادة، فقد أوجد جريمة مستقلة نص عليها قانون حماية الطفولة الصادر سنة ١٩٩٢ والتي تعرف بجريمة "تدمير الوليد" وهي جريمة مستقلة عقوبتها الحبس مدى الحياة ٠(٢)

د) الشروع في الجريمة٠

اتجه المشرع إلى العقاب على الشروع في ارتكاب الجرائم التي تمس مصالح هامة٠ فلا ينتظر حتى تقع النتيجة الإجرامية بالفعل فتضار المصالح التي يحميها، فيتدخل بالعقاب لمجرد البدء في تهديد هذه المصالح، رغم عدم وقوع النتيجة الإجرامية بسبب إيقاف النشاط الإجرامي أو خيبة أثره لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها ٠

وعرفت المادة ٤٥من قانون العقوبات المصري الشروع بأنه "البدء في

---

(١) د.غنام محمد غنام "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، طبعة الكتاب الجامعي، سنة ٢٠٠٧، ص٣٣٣ ٠

(٢) منشورعبر موقع النت سابق الإشاره إليه، تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٥/١ ٠ www.f-law.com

تنفيذ الفعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها". وتتجه معظم التشريعات إلى العقاب على الشروع في جريمة القتل. أما المادة ٢٦٤ من قانون العقوبات المصري تنص على أنه " لا عقاب على الشروع في الإسقاط"، وسوف نتعرض لمناقشة هذا الأمر في موضعه المناسب .

٥) **العقوبة.**

نتيجة لكل هذه الاختلافات، كان من اللازم أن تتباين العقوبات الموقعة من قِبل المشرع. فالعقوبات المقررة لجرائم القتل أشد قسوة من العقوبات المقررة لجرائم الإجهاض؛ ويرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع أراد بتشديد عقوبات جرائم القتل، حماية مصلحة أهم وهي حماية حق إنسان حي يكتسب الحقوق ويفي بالالتزامات. فأراد بذلك حماية حياة يقينية، في حين أن حياة الجنين حياة احتمالية. هذا الاختلاف أدى إلى تفاوت القيمة القانونية لكل منهما فقد رجح المشرع الأولى عن الثانية. والدليل على ذلك أنه أباح التضحية بحياة الجنين إنقاذاً لحياة الأم، في حالة كون الحمل يشكل خطراً على صحتها .

المبحث الثاني
أنواع الإجهاض وصوره

تمهيد:-

يستقل هذا المبحث ببيان أنواع الإجهاض في مطلب أول، والتي تتمثل في الإجهاض التلقائي، وهو الإجهاض الطبيعي الذي لا يكون لأحد دخل في وقوعه، سوى أسباب نفسية وصحية متعلقة بالمرأة. وقد يكون الإجهاض إرادياً، وهو ما يتم إما لسبب علاجي من أجل الحفاظ على صحة المرأة، أو إنقاذ لها من خطر تعرضها للموت، وقد يكون لأسباب اقتصادية واجتماعية، تجعل الإجهاض هو الحل الوحيد أمام المرأة الحامل.

كما نتناول في المطلب الثاني من هذا المبحث صور الإجهاض، والتي قد تكون بفعل المرأة أو فعل الغير، مع اختلاف صفة الغير، فضلاً عن اختلاف الوسائل المستعملة من قبل الغير في إتمام عملية الإجهاض. وهو ما نتعرض له على النحو التالي:-

المطلب الأول: أنواع الإجهاض.

المطلب الثاني: صور الإجهاض.

المطلب الأول
أنواع الإجهاض

تمهيد:-

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتناول الإجهاض التلقائي (الطبيعي)، أما الثاني فيتناول الإجهاض الإرادي، وهما ما نتعرض لهما على النحو التالي:-

الفرع الأول

الإجهاض التلقائي (الطبيعي)

أولاً: مفهوم الإجهاض التلقائي وأسبابه.

يعرف الإجهاض التلقائي بالإجهاض الذي يتم بشكل تلقائي دون تدخل للإرادة في حدوثه، وهو غالباً ما يحدث خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل. ويتضمن هذا النوع من الإجهاض العديد من الصور، فقد يكون إجهاضاً ناقصاً وهو يعني خروج الجنين فقط من الرحم دون خروج باقي متعلقات الحمل. وقد يكون كاملاً بخروج الجنين وكل متعلقات الحمل خارج الرحم. وقد يحدث مرة واحدة، وقد يكون متكرراً وذلك بحسب الأسباب المؤدية إليه.

وتتنوع أسباب الإجهاض الطبيعي أو التلقائي. فمنها ما يتعلق بالجنين وبعضها ما يتعلق بالأبوين، وبعضها يتعلق بكليهما، ومن هذه الأسباب ما يلي :- [1]

- وجود خلل في البويضة الملقحة، أو الحيوان المنوي للزوج مما يؤدي إلى تشوه الجنين منذ بداية تكوينه، وتشكل هذه الحالة ٥٠٪ من حالات الإجهاض التلقائي.
- وجود نقص هرموني خاصة هرمون البروجستيرون، وهو الهرمون الأساسي لاستمرار الحمل.
- وجود عيب خلقي في شكل الرحم وتجويفه، مما يجعله غير قادر علي احتضان الجنين لفترة طويلة. أو وجود خلل في الجهاز التناسلي نتيجة لأمراض في الرحم مثل أورام الرحم الحميدة (الورم الليفي)، أو انقلاب الرحم أو انقسامه، بالإضافة إلى أمراض عنق الرحم وتمزقاته.

---

[1]) See: Kerri Schuiling, Frances Likis: "Women's Gynecologic Health". Op. Cit. P. 35.

- أمراض عامة في الأم مثل مرض البول السكري، وأمراض الكلي المزمنة، والزهري وضغط الدم والحميات الشديدة. كما أن شرب الخمور يزيد من حالات الإجهاض، كما يزيد من تشوهات الجنين.

- عدم كفاءة المشيمة كما في حالة عدم اكتمالها أو عدم نموها، مما يجعلها غير قادرة على إمداد الجنين بالغذاء.

- إصابة الأم بضرب أو حادث، ووقوع الإجهاض في هذه الحالة يحدث تبعاً لصحة الأم، ووضعها النفسي والجسدي، بالإضافة إلى الصدمات النفسية الشديدة .

- الأدوية والعقاقير، فقد تأخذ المرأة الأدوية دون أن تعلم أنها حامل، ويحدث نتيجة ذلك إجهاض، بالإضافة إلي النيكوتين في التبغ والكحول في الخمور.

ثانياً: صور الإجهاض التلقائي.([1])

أ) **إجهاض منذر**: أي الإجهاض الذي ينذر بفقد الجنين، ولكن قد يمكن استكمال الحمل، وهذا يحدث في بدايات الحمل، ومن علاماته نزول بضع نقاط من الدم من المهبل ولكن عنق الرحم يظل مغلقاً، وفي هذه الحالة ينصح بالالتزام بالراحة التامة في الفراش، فالراحة علاج أساسي لهذه الحالة .

ب) **إجهاض حتمي**: أي الذي يؤدي حتما لفقد الجنين وإنهاء الحمل ولا يمكن إصلاحه، وهذا يصحبه نزيف مهبلي شديد، وألم بأسفل البطن بسبب انقباضات الرحم.

ج) **إجهاض غير كامل**: ويعني خروج الجنين فقط، بينما يظل داخل الرحم باقي متعلقات الحمل، وفي هذه الحالة يكون هناك ضرورة لإجراء كحت لبطانة الرحم(عملية تنظيف) لاستخراج باقي متعلقات

---

[1]) See: Errol R. Norwitz, John O. Schorge: "Obstetrics and Gynaecology at a Glance", John Wiley & Sons, 2010. P, 12.

الحمل، وفي حالة خروج الجنين أو متعلقات الحمل كاملة يعتبر الإجهاض في هذه الحالة كاملاً.

ء) **إجهاض مستكن**: أي إجهاض يكتشف بعد موت الجنين، وقد تجرى جراحة خاصة لاستخراج الجنين الميت، أو يتم إجراء عملية جراحية لاستخراجه .

هـ) **إجهاض متكرر أو معاود**: وهذا يشير إلى حدوث إجهاض بمعدل ثلاث مرات أو أكثر في الوقت نفسه تقريباً من الحمل، ولنفس تكرار السبب. ويكون من الضروري البحث عن سبب تكرار الإجهاض، وقد يحتاج ذلك لعمل أشعة للرحم وقناتي فالوب لبحث حالة الرحم وقناتي فالوب.

و) **إجهاض صديدي أو ملوث**: ويحدث عندما تحدث عدوى بعد الإجهاض. ومن أعراضها ارتفاع درجة الحرارة وحدوث تقلصات بأسفل البطن. ويكون من الضروري إجراء كحت لبطانة الرحم لاستخراج أي مخلفات عفنة، إذ إن هذه المخلفات الصديدية قد تسبب عقماً إذا ما تركت في الرحم .

ويلاحظ أن الإجهاض التلقائي لا يمكن اعتباره فعلاً مجرماً؛ ذلك لأنه يتم بشكل تلقائي دون تدخل للإرادة في حدوثه. بل إن هذا النوع يحدث رحمة من الله، فمن الأفضل عدم اكتماله حفاظاً على حياة الأم، ومنعاً لوجود جنين مشوه في حالة اكتمال هذا الحمل .(١)

---

(١) - وذكر ابن القيم في كتابه "التبيان في اقسام القرآن" اسباب الإجهاض التلقائي وصفاً دقيقاً، حيث يقول:- "الجنين في البطن بمنزلة الثمرة من الشجرة، وكل منهما له اتصال قوي بالأم. ولهذا يصعب قطع الثمرة قبل كمالها من الشجرة وتحتاج إلي قوة، فإذا بلغت الثمرة نهايتها سهل قطعها، وربما سقطت بنفسها. وذلك لأن تلك الرباطات والعروق التي تمدها من الشجرة كانت في غاية القوة والغذاء، فلما رجع ذلك الغذاء إلى تلك الشجرة ضعفت تلك الرطوبات والمجاري، وساعدها ثقل الثمر فسهل أخذها. وكذلك ==

الفرع الثاني
الإجهاض الإرادي

أولاً: الإجهاض الطبي (العلاجي) (١)

يعرف الإجهاض الطبي بأنه الإجهاض الذي يتم بمعرفة الطبيب، وترجع علته في أنه يُجرى من أجلٍ تحقيق غرض علاجي اقتضته ظروف المرأة الصحية، فيتم إنقاذاً لحياة الأم من الموت كما في حالات أمراض القلب أو سرطان عنق الرحم، وكذلك وجود نزيف رحمي شديد، أو إصابتها بأمراض مزمنة، الأمر الذي يوجب معه إخلاء الرحم من المتحصلات الموجودة فيه. وقد يكون الإجهاض الطبي لضرورة اقتضتها أسباب تتعلق بالجنين وليس بالأم، كوجود مرض وراثي أو وجود عيب خلقي ثبت وجوده وقت التشخيص. (٢)

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يورد نصاً خاصاً يقرر فيه إباحة

== الأمر في الجنين فإنه مادام في البطن قبل استحكامه وكماله فإن رطوباته وأغشيته تكون مانعة له من السقوط، فإذا تم وكل ضعفت تلك الرطوبات (الهرمونات) وانتهكت تلك الأغشية، واجتمعت تلك الرطوبات المزلقة فسقط الجنين ، هذا هو الأمر الطبيعي الجاري على استقامة الطبيعة وسلامتها . وأما السقوط قبل ذلك : فلفساد في الجنين ،أو لفساد في طبيعة الأم، أو ضعف الطبيعة . كما تسقط الثمرة قبل إدراكها لفساد يعرض،أو لضعف الأصل أو لفساد يعرض من خارج، فالآفات التي تصيب الأجنة بمنزلة الآفات التي تصيب الثمار"وبهذا فقد صور الولادة الطبيعية وأسبابها ،ثم يتحول إلى الإجهاض والسقوط قبل التمام ، فيوضحه بالمقارنة مع الثمرة وسقوطها من الشجرة ، فلا يزال يترك شيئاً من الأسباب التي يذكرها الطب الحديث اليوم . ("التبيان في اقسام القرآن" للعلامة شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى عام ٧٥١ هـ، تصحيح الشيخ طه يوسف شاهين، دار الطباعة المحمدية، طبعة صفر ١٣٨٨هـ) .

1) World . Health Organization. L'avortement médicamenteux, questions cliniques les plus fréquentes, 2008.

2) See: Errol R. Norwitz, John O. Schorge: "Obstetrics and Gynaecology at a Glance". Op. Cit. P, 39.

الإجهاض الطبي، وبالتالي يتم الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن والخاصة بتطبيق أسباب الإباحة.

بناء على ذلك فإنه إذا ثبت أن الحالة الصحية للمرأة الحامل بلغت درجة سيئة للغاية، وأن القيام بإجهاضها يعتبر عملا علاجيا يؤدي إلى شفائها وتحسين صحتها، وتوافرت مع ذلك جميع الشروط المتطلبة لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة، كأن يكون المجهض طبيباً، ويجري الإجهاض وفقاً للأصول الطبية، وأن تكون المرأة الحامل راضية بإجرائه عليها، سواء كان هذا الرضاء صريحاً أم ضمنياً، وأن يكون إجراؤه استجابة لضرورة علاجية. يكون الإجهاض مباحاً (١).

وبالتالي فإن الإجهاض العلاجي يعد عَملاً مباحاً للأطباء، متى توافرت الشروط المتطلبة لإباحة الأعمال الطبية. فيلزم أن يجري عملية الإجهاض طبيب وفقاً للأصول الطبية المستقرة في مجال أمراض النساء والولادة، وأن ترضى المرأة الحامل بذلك، وأن يكون إجراء هذه العملية نتيجة ضرورة علاجية يترك للطبيب تقديرها.

وقد أكد المشرع الفرنسي على ذلك عندما نصت المادة (٢٢١٣- ١) من قانون الصحة العامة على أنه "يجوز إجراء الإنهاء الإرادي للحمل - في أي وقت- إذا شهد طبيبان بعد الفحص والمناقشة، أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة الحامل إلى خطر جسيم، أو يوجد احتمال قوي بأن الجنين مصاب بمرض خطير، وذلك لحظة التشخيص"، ويتم ذلك وفقاً للشروط الصادرة بمرسوم صادر من مجلس الدولة.(٢)

---

١) د. محمود نجيب حسني "القسم الخاص"، المرجع السابق، ص٥٠٦،٥٠٧ .

2) Code de la santé publique. "Chapitre III: Interruption de grossesse pratiquée pour motif medical". Article L2213-1, " L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si ==

أما المشرع السعودي فقد أباح إجهاض الحمل إذا كان استمراره يشكل خطرا على صحة الأم الحامل. وذلك في "نظام مزاولة المهنة

= deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse.

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe. (Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 25 . Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 26).

في المملكة العربية السعودية" الصادر في ١٤٠٩/٢/٢١، حيث نصت المادة ٢٤منه على أنه "يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلاّ إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها، ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر، وثبت بصورة أكيدة أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم، ويتم إثبات هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام".

واتجه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جواز إجهاض الجنين إنقاذاً للأم من خطر محقق يهدد صحتها أو حياتها. وذلك على أساس مجموعة من القواعد الشرعية والتي منها: الضرورات تبيح المحظورات، وكذلك ارتكاب أخف الضررين أي إذا تعارضت مفسدتان يراعى أعظمهما بارتكاب أخفهما.ويقول في ذلك فضيلة الشيخ محمود شلتوت :-

"إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه (الجنين) بعد تحقق حياته هكذا (أي بعد مضي أربعة أشهر على بدء الحمل) يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين. فإذا كان في بقائه موت الأم، وكان لا منفذ لها سوى إسقاطه، كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً، ولا يضحيى بها في سبيل إنقاذه، لأنها أصله وقد استقرت حياتها، ولها حظ مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها واجبات، وهي بعد هذا عماد الأسرة وليس من المعقول أن يضحى بها في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات".(١)

---

١) فتاوى الإمام محمد شلتوت "دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة"، دار الشروق، الطبعة الثامنة عشر، سنة ٢٠٠١ ، ص٢٩٠ .

ثانياً: الإجهاض لأسباب اقتصادية أو اجتماعية.

(أ) الإجهاض لأسباب اقتصادية:

يعد الإجهاض الناتج عن أسباب اقتصادية أو اجتماعية من قبيل الإجهاض الإرادي. فالهدف منه هو التخلص من الجنين نتيجة سوء الحالة الاقتصادية للأسرة، والتي لا تستطيع تحمل أعباء مادية جديدة تفوق استطاعتها، مما ينتج عنه التسبب في متاعب اقتصادية واجتماعية للأسرة. وبالتالي يكون الفقر وانخفاض مستوى المعيشة والدخل المادي للأسرة دافعاً لتخلص المرأة من حملها.

وقد اتجه أغلب الفقه إلى عدم جواز الإجهاض الناتج عن تلك الأسباب وعدم جواز إباحته. وذلك نتيجة تفضيل حق الجنين في الحياة علي حق الأسرة في الاحتفاظ بمركز إقتصادي معين .

أما التشريعات الجنائية المختلفة، فتكاد تجمع على عدم جواز الإجهاض بسبب الظروف الاقتصادية. ومن هذه التشريعات التشريع الجنائي المصري، حيث لم يرد في نصوصها أي نص يفيد إباحته أو الترخيص به، أو حتى جعله ظرفاً مخففاً كما فعل المشرع الإماراتي في شأن الإجهاض دفعاً للعار .

ومع ذلك اتجه التشريع التونسي - الوحيد من بين التشريعات العربية الذي أباح الإجهاض- إلى النص في المادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي على أنه "إذا كانت الظروف الاقتصادية للمرأة الحامل لا تسمح بإنجاب طفل ورعايته وتأمين مستلزماته المختلفة، يجوز لها أن تتقدم بطلب لإنهاء حملها خلال الثلاثة أشهر الأولى".

واتجه رأي في الفقه إلى إجازة الإجهاض مراعاة للظروف الاجتماعية والاقتصادية للأسرة.وذلك شريطة توافر عدد من الأمور تتمثل في ضرورة رضاء المرأة الحامل وزوجها بهذا الإجهاض، وأن يكون عدد الأبناء في الأسرة يزيد عن ثلاثة، وأن يتم ذلك قبل مرور ثلاثة

أشهر من الحمل .([1])

بينما اتجه رأي آخر إلى القول بوجوب إجازة الإجهاض لظروف اقتصادية· وذلك باشتراط رضاء الحامل وزوجها بالإجهاض، على أن يتم ذلك بناء على نص خاص يصدره المشرع، وذلك في حالة خشية وقوع ضرر مادي أو أدبي·وفي هذه الحالة يتم تخفيف عقاب الجريمة، وذلك بإدخال الغرامة مع الحبس تخييريا للقاضي·([2])

أما المشرع الفرنسي فقد أباح هذا النوع من الإجهاض، حيث جاء نص المادة (٢٢١٢- ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠، الصادر في ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٠، بأن "المرأة الحامل التي يتسبب حملها بإصابتها باكتئاب نفسي شديد، لها أن تطلب من الطبيب إنهاء حملها، مع عدم جواز هذا الإنهاء إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل"·([3]) ونرى أنه قصد بمرور المرأة بحالات ضيق، يقصد به وجود أسباب مختلفة قد تكون اقتصادية وقد تكون اجتماعية، ولكنها في النهاية ينتج عنها وجود جنين غير مرغوب فيه.

على العكس من ذلك ففي التشريع الإسلامي وتطبيقاً للقواعد

---

[1]) د. حسن صادق المرصفاوي "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي"، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد الثالث، سنة ١٩٥٨، ص ١٠٦ ·

[2]) د. عبد العزيز محمد محسن "الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨، ص ١٢١ ·

[3])Code de la santé publique. "Chapitre II: Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse". Article L2212-1" La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse". (Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001).

العامة، لا يجوز إباحة الإجهاض المبني على الظروف الاجتماعية والاقتصادية؛ لأن ذلك فيه تشكيك لقدرة الله سبحانه وتعالي الخالق الرزاق، فالله سبحانه وتعالى قد كفل رزق كل كائن خلقه. والدليل على ذلك قوله تعالى {وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ}(١).فالإسلام يرفض اعتبار الفقر أو انخفاض الحالة الاقتصادية سبباً مشروعاً لإباحة الإجهاض أو الترخيص به .

فضلاً عن أن الإجهاض خوف الفقر والحاجة يعد من أبشع الجرائم؛ ذلك أن القتل في حد ذاته جريمة شنعاء، فقال تعالى {وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ}(٢).

(ب) الإجهاض اتقاءً للعار:

قد يقع الإجهاض لأسباب تتعلق بالشرف والاعتبار، وذلك كالتخلص من حمل سفاح ناتج عن علاقة غير شرعية، سواء كان ناتجاً عن اغتصاب أو زنا. الأمر الذي يدفع المرأة الحامل إلى البحث عن وسيلة للتخلص من هذا الجنين غير المرغوب فيه، لأنه أصبح يهددها بالفضيحة والعار.

ونظراً لخطورة هذه المسألة فقد انقسمت نظرة المجتمعات والتشريعات الجنائية الوضعية في حكم الإجهاض إذا كان نتيجة علاقة غير شرعية، فالبعض ذهب إلى عدم إباحته أو الترخيص به ،واتجهت طائفة أخرى من التشريعات إلى إباحته ،وهو ما سيتم بيانه على النحو التالي :

(١) الاتجاه الأول: تذهب طائفة من التشريعات الجنائية إلى عدم إباحة

---

(١) سورة هود ،الآية رقم ٦ .

(٢) سورة الأنعام ،الآية رقم ١٥١ .

الإجهاض في هذه الحالة، وعدم الترخيص به. ومن هذه التشريعات التشريع الجنائي المصري، حيث لم يرد أي نص يفيد ذلك المعنى. الأمر الذي دعا إلى اختلاف الفقه و الاجتهاد والبحث في هذه المسألة.

وقد اتجه رأي في الفقه إلى القول بأنه "لا يجوز إباحة هذا النوع من الإجهاض بدعوى توافر شروط الدفاع الشرعي عن الشرف والاعتبار، لأن هذه الشروط غير متوافرة، إذ إن الفعل غير موجه إلى من صدر عنه الاعتداء، فقد صدر هذا الاعتداء عن الرجل الذي ارتكب الاغتصاب .ولكن الإجهاض يقع عدواناً على حق الجنين، وله في القانون استقلاله عن ذلك الرجل. ومن ثم فإنه بحصول الحمل ينشأ للجنين الحق في النمو والميلاد الطبيعي الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه وإجهاضه، ومع ذلك إذا كانت المجني عليها في الاغتصاب طفلة أو مريضة لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة، أو إذا ساءت حالتها النفسية بسبب حملها لدرجة أصبح من المرجح معه إقدامها على الانتحار- إذا استمر حملها- أو إحداث إصابات جسيمة بنفسها، فحينئذ يباح الإجهاض بوصفه عملاً ضرورياً من أعمال العلاج" ([1]).

وهو ما أكدت عليه المحكمة الأيرلندية في حكم لها عندما قررت قانونية الإجهاض في حالة تتمثل وقائعها في وجود طفلة تبلغ من العمر ١٣ سنة، وقد حملت هذه الطفلة نتيجة اغتصاب، عندما رفع الأمر أمام القضاء قرر إنهاء حملها؛ وكان السبب وراء ذلك وجود نيتها في الانتحار ما لم يتم إنهاء هذا الحمل، ومن ثم فإن الإجهاض هو الوسيلة الوحيدة لتجنب مثل هذه المخاطرة، وعلى أساس ذلك حكمت المحكمة باعتبار الإجهاض قانونياً في مثل هذه الحالة. ([2])

---

[1]) د. محمود نجيب حسني" القسم الخاص "، المرجع السابق، ص ٥٠٨ .

[2]) Case A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General (notice party), [1998] 1 IR 464. Referred =

وذهب رأي آخر إلي القول بأنه في حالة الحمل السفاح، لا يجوز للمرأة إسقاط نفسها ولا للطبيب إجهاضها استناداً إلى توافر حالة الضرورة؛ إذ أن شروطها غير متوافرة لأن وصف الخطر الجسيم على النفس لا يصدق على ما يهدد الإنسان في شرفه وسمعته. ومن ثم فإذا حملت الفتاة سفاحاً وعمدت إلى إجهاض نفسها خشية العار، فإنها لا تعفى من العقاب على أساس الضرورة .([1])

بينما اتجه رأي آخر من الفقه إلى أن النفس في حالة الضرورة تنصرف إلى الكيان المادي والمعنوي، ولا تقتصر على الحق في الحياة، وإنما تشتمل كذلك على سلامة البدن والعرض والشرف والاعتبار. ومن ثم ليس مبرراً معقولاً حرمان من استكرهت فحملت سفاحاً من ميزة الإعفاء من العقاب إذا أجهضت نفسها مخافة العار([2]).

(٢)**الاتجاه الثاني:** اتجهت تشريعات أخرى إلى النص على إباحة الإجهاض ضمناً في النصوص العامة المتعلقة بالإجهاض. وكان التشريع الفرنسي من بين تلك التشريعات، وهو ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١٢ من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي أباحت للمرأة الحامل طلب إنهاء حملها إذا وجدت نفسها في حالة ضيق ولا تستطيع إتمام الحمل والولادة. وقد تكون حالة الضيق لكون المرأة ضحية لجريمة جنسية كالاغتصاب، أو يكون الحمل ناشئاً عن علاقة غير شرعية عابرة لا تبغى من ورائها طفلاً.

= to: Case of A, B and C v. Ireland. (Application no. 25579/05). judgment, Strasbourg 16 December 2010. Decisions of the European Court of Human Rights.

[1]) د. محمد مصطفى القللي" في المسئولية الجنائية" مشار إليه د. حسن محمد ربيع ،المرجع السابق ، ص ١٢١

[2]) د. محمود محمود مصطفى " قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٤، ص ٢٩٦ .

(٣) **الاتجاه الثالث**: تذهب طائفة من التشريعات الجنائية إلى أن الحمل الناشئ عن علاقة غير شرعية، لا يعتبر سبباً لإباحة الإجهاض، ولكنه يعتبر عذراً قانونياً مخففاً للعقاب. ومن بين تلك التشريعات ما نصت عليه المادة ٥٣١ من قانون العقوبات السوري على أنه " تستفيد من عذر مخفف المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها، ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٥٢٨، ٥٢٩ للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثانية ".ويلاحظ أن هذا العذر القانوني من الأعذار المخففة الشخصية. بمعنى أنه لا يستفيد منه إلا المرأة الحامل التي تقدم على إجهاض نفسها، والغير ممن نص عليهم القانون؛ لأن الحكمة من تخفيف العقاب لا تتوافر إلا فيهم .

وفي رأينا يتعين التفرقة بين حالتين، فالحمل غير الشرعي إما أن يكون نتيجة علاقة زنا بين الطرفين برضائهما، وإما أن يكون ناشئاً عن جريمة اغتصاب تلك التي لا يكون للمرأة إرادة في حدوثها .

ونرى أنه في حالة كون الحمل ناتجاً عن علاقة زنا برضا الطرفين، ففي هذه الحالة لا يجوز إباحة الإجهاض اتقاءً للعار ودفعاً للفضيحة التي تهدد حياتها أو إعفاء المرأة من العقاب في هذه الحالة. وذلك لعدم توافر حالة الضرورة وعدم توافر أحد أهم شروطها وهو وجود خطر جسيم لا دخل للإرادة في وجوده. ففي حالة الزنا فإنه تم بإرادة الطرفين وبرضا كل منهما، وبالتالي تكون المرأة هي السبب في حدوث هذا الخطر الذي أصبح يهدد حياتها بالفضيحة والعار.

ونؤكد على ذلك بقوله تعالى {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى}(١). ويستدل من هذه الآية الكريمة بأنه لا يجوز لنفس أن تتحمل وزر غيرها مما لم يكن لها يد في كسبه أو التسبب فيه. فلا يمكن التضحية بحياة بريئ

---

(١) سورة الزمر، آية رقم ٧ .

من أجل ذنب ارتكبه غيره، بالإضافة إلى أن السماح للزانية بإسقاط حملها تشجيعا للزنا وانتشار الفوضى والرذيلة في المجتمع.

وبالرغم من ذلك نرى استثناء جواز الإجهاض في هذه الحالة، إذا ثبت أن ظروف المرأة الصحية لا تسمح باستقبال هذا الجنين وأنه يجب التضحية في هذه الحالة بحياة الأم أو الجنين، ومن ثم يسمح لها بالإجهاض حفاظاً على صحتها من تعرضها للخطر.والدليل على ذلك أن الشريعة الإسلامية تأمر بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما، وأخف الضررين في هذه الحالة هو التضحية بالجنين إنقاذاً لحياة أمه . (1)

أما إذا كان الحمل غير الشرعي ناتجاً عن جريمة اغتصاب. فنرى أن المرأة الحامل في هذه الحالة ليست إلا مجرد ضحية وقع عليها الاعتداء، ولا دخل لإرادتها في حلول الخطر الجسيم الذي بات يهددها بالفضيحة والعار. كما أن الحالة النفسية التي تكون عليها المرأة الحامل من علاقة غير شرعية، والتي تتجسد لها في صورة جنين تحمله في أحشائها، يكون ثمرة اتصال غير شرعي، تستدعي جواز الإجهاض في هذه الحالة؛ وذلك حتى لا تتحمل المرأة ما لا تطيقه.

وأكدت دار الإفتاء المصرية على جواز إجهاض المغتصبة وإعادتها عذراء فنصت الفتوى على الآتي: "الحمد لله وحده، والصلاة والسلام

---

(1) وجاء في ذلك فتوى للشيخ شلتوت يقول فيها " إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاء الجنين بعد تحقق حياته يؤدي لا محالة إلى موت الأم فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين .فإذا كان في بقائه موت الأم وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه ، كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه ؛ لأنها أصله وقد استقرت حياتها ولها حظ مستقل في الحياة ولها حقوق وعليها واجبات وهي بعد هذا وذاك عماد الأسرة وليس من المعقول أن نضحي بها في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات " انظر : فتاوى الإمام محمد شلتوت، المرجع السابق.

على من لا نبي بعده، اطلعنا على ما كُتب في بابكم القيم «مع القانون» بعدد الأهرام الصادر في ٩ أكتوبر لسنة ١٩٩٨ لإلغاء المادة ٢٩١عقوبات مصري والإبقاء على المادة ٢٩٠ عقوبات مصري والتي تنص على "كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى أو بواسطة غيره يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة، ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا اقترنت بها جناية مواقعة المخطوفة بغير رضائها"، وإسقاط جنين المغتصبة من الذئب البشري، وإعادتها عذراء بعد تفريغ ما في أحشائها من نطفةٍ ملوثةٍ نفيد الآتي:([1])

- نوافق على ضرورة إلغاء المادة (٢٩١عقوبات) لتعارضها مع المادة (٢٩٠عقوبات) المعدلة، والتي تقرر عقوبة الإعدام للذئاب البشرية التي تخطف الإناث وتغتصبهن، وذلك لأن الإبقاء على المادة (٢٩١عقوبات) يقوض قصد المشرع من الهدف المنشود، وهو حماية الأنثى من الذئاب البشرية التي تسلبها عرضها وشرفها وأعز ما تملك بطريقة الإكراه بعد اختطافها، ويكون وسيلة للتحايل على إبطال المادة (٢٩٠) والقصد التشريعي منها من الناحية العملية، وذلك مما يقوي مركز الجاني على حساب المجني عليها الضحية، ورضا الأنثى بالزواج بعد الخطف والموافقة لا يُعدُ زواجاً شرعاً؛ لأنه لابد في عقد الزواج المعتبر شرعاً وجود الولي والإشهار والإعلان والإيجاب والقبول والرضائية الكاملة، والكفاءة بين الزوجين، والزواج بعد الخطف قد خلا من هذه المعاني؛ لأن المغتصب يقصد من وراء هذا الزواج الإفلات من العقوبة، كما أن الإيجاب والقبول مشوبان بالإجبار، حيث إنهما وقعا تحت ضغط الإفلات من العقوبة.

أما فيما يتعلق بمدى مشروعية العمليات الجراحية التي تُجرى للأنثى التي تم اختطافها وأُكرهت على مواقعتها جنسياً، وإزالة

---

[1]) وتم إلغاء المادة/ ٢٩١ عقوبات مصري، بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٩.

بكارتها من الذئاب البشرية بعد تفريغ ما في أحشائها من نطفة ملوثة، فإننا نرى أنه لا مانع شرعاً من إصدار تشريع ينظم ذلك مع وضع الضوابط التي تحكم ذلك، لأن إعادة بكارة المغتصبة إليها هو إحياء لها، ولعرضها، ولشرفها بعد قتلها بدنياً ونفسياً، والقاعدة الشرعية أن من افسد شيئاً فعليه إصلاحه.

وإذا كان المجتمع قد قصر في حقها، ولم يؤمنها في نفسها وعرضها، فقد وجب عليه جبر خواطرها وشفاءها من كل أحزانها وآلامها بإصدار تشريع يُلزم ذوي الاختصاص والشأن بإعادة عذريتها إليها بعملية جراحية.

أما تفريغ ما في أحشائها من نطفة ملوثة للذئب البشري، فنرى أنه لا مانع من ذلك شرعاً بناء على ما أجازه بعض الفقهاء، وأقره مجمع البحوث الإسلامية قبل أن يمضي على الحمل مائة وعشرون يوماً، وإذا أجاز ذلك في الحمل الحلال، فهو في الحرام أولي.

أما إذا مضى على الحمل مائة وعشرون يوماً فإنه لا يحل إسقاط الجنين بحال؛ لأنه في هذه الحالة يكون نفساً ذات روح يجب المحافظة عليها بالإجماع، والاعتداء عليها لا يجوز بأي حال من الأحوال، إلا إذا كان في استمرار وجوده خطرٌ حقيقي على حياة الأم، حيث تُقدَّمُ حياة الأم على حياة الجنين، لأن حياة الجنين قبل ولادته محتملة، وحياة الأم متيقنة، واليقين يقدم على الاحتمال والشك، طبقاً للقواعد الشرعية". (1)

---

[1]) فتوى الدكتور نصر فريد واصل، مفتي الديار المصرية الأسبق،راجع موقع النت www.al-fath.net/new

المطلب الثاني
صور الإجهاض

تمهيد:-

نعالج في هذا المبحث صور الإجهاض، والتي تنوع مرتكبها والوسائل المستعملة فيها. فقد يتم الإجهاض عن طريق إجهاض المرأة نفسها، وقد يتم الإجهاض على يد الغير. وقد يستخدم الغير وسائل بسيطة في إتمام عملية الإجهاض أو وسائل عنف، وتنوعت العقوبات الخاصة بكل منهم، بحسب الوسيلة المستخدمة. فضلاً عن ذلك فقد يختلف هذا الغير، فقد يكون شخصاً عادياً، وقد يكون من ذي الصفة كالطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة. من أجل ذلك سوف نتناول كل صورة على حدةً، باختلاف الفاعل فيها واختلاف وسائلها وتباين عقوباتها على النحو التالي:-

الفرع الأول: إجهاض الحامل لنفسها.

الفرع الثاني : إجهاض الغير للحامل .

الفرع الأول
إجهاض الحامل لنفسها

أولاً: المقصود بإجهاض الحامل نفسها:

يقصد بإجهاض الحامل لنفسها، الإجهاض الواقع من المرأة على نفسها، أو الإجهاض الواقع على المرأة من قبل الغير ولكن بناء على طلبها أو رضاها . ونص قانون العقوبات المصري على هذه الصورة من صور الإجهاض في المادة٢٦٢ من قانون العقوبات بقوله "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السابق ذكرها - الوسائل المؤدية للإجهاض - أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة،

تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها (أي عقوبة الحبس)"

كما نص قانون العقوبات الكويتي في المادة ١٧٦منه على أن "كل إمرأة حامل تناولت عقاقير أو موادا أخرى مؤذية أو استعملت القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصدة بذلك إجهاض نفسها، فأجهضت، أو سمحت للغير بإجهاضها على الوجه السالف الذكر، تعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وترجع العلة في إرادة المشرع عقاب المرأة التي تجهض نفسها؛ تأكيده على حق الجنين في استمرار حياته واكتمال نموه الطبيعي داخل الرحم حتى موعد ولادته الطبيعية. على ذلك يقع على المرأة واجب الحفاظ على جنينها، وتعاقب في حالة إجهاضها له؛ ذلك لأن فعلها يعد اعتداء على حق الجنين المقصود أصلاً بالحماية، وليس لاعتدائها على نفسها. فإذا هي أرادت إيذاء نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقبها عليه القانون.([1]) ووسع من نطاق هذا الإلتزام فلم يقصره على التزام الحامل بألا تجهض نفسها وهو التزام سلبي، بل ألزمها بمنع الغير من إجهاضها، وهو التزام ذو موضوع إيجابي .([2])

ثانياً: صور إجهاض الحامل لنفسها.

الصورة الأولى: تفترض هذه الصورة أن الحامل قد أتت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها دون إيحاء من الغير، وذلك باستعمال وسائل إجهاض ترى أنها موصلة إلى غايتها؛ كأن تتناول أدوية تسبب الإجهاض أو أن تقوم بإدخال بعض الأجسام أو الآلات إلى الرحم مما يؤدي إلى الإجهاض، وهذا النوع من الإجهاض يطلق عليه الإجهاض

---

[1]) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٥ .

[2]) د. محمود نجيب حسني "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء الأشخاص"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٨، ص ٣٢٤ .

الإيجابي.

الصورة الثانية: تفترض هذه الصورة أن الحامل أتت بفعل الإجهاض بناء على اقتراح الغير.

الصورة الثالثة: تفترض قيام المرأة بتمكين الغير من إتيان فعل الإجهاض على جسمها، وهذا النوع من الإجهاض يطلق عليه الإجهاض السلبي.

ويظهر من المادة ٢٦٢ من قانون العقوبات المصري، أنه ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدي إلى إسقاطها، معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل من الغير. فهذا المعنى يؤدي إلى نتائج غير مقبولة؛ لأن معنى ذلك أنه يتم معاقبة المرأة إذا ارتكبت هذا الفعل بمحض إرادتها عمداً بتحريض من الغير، وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحضّ إرادتها بغير إرشاد من الغير، وهذا لم تقصده نص المادة ٢٦٢ من قانون العقوبات. فتعبير "رضيت بتعاطي الأدوية أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها" يفترض عرضاً من الغير وقبولاً من الحامل، وينصرف هذا التعبير إلى الصورة الثانية. وقوله "مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل" ينصرف إلى الصورة الثالثة؛ ولكن الشارع قصد أن تتسع العبارة الأولى للصورتين الأوليين: فلفظ رضيت يشمل حالتي التقبل التلقائي للفعل وقبول عرض الغير(١)؛ ذلك أن حكمة الشارع من المعاقبة على الإجهاض هي المحافظة على الجنين بغض النظر عن المرأة، فالقول بأن المرأة التي تجهض نفسها عمداً لا تعاقب إلا إذا كان لها شريك حرضها على إرتكاب الجريمة هو من قبيل التمسك بحروف النص القانوني من غير مراعاة لروح التشريع (٢).

وفي ذلك تقول إحدى المحاكم "أن عبارة الرضا التي نصت عليها

---

١) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٥ .

٢) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٦ .

هذه المادة- م ٢٦٢ من قانون العقوبات المصري- إنما وضعت هنا للدلالة على معناها الأعم وهو الاستصواب والاستحسان وليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدي إلى إسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من أجنبي وقبولها لها لأن هذا التأويل يفضي إلى نتائج غير مقبولة عقلاً، ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدها، إذ يترتب عليها معاقبة المرأة إذا ارتكبت جريمة الإجهاض عمداً بناء على إرشاد آخر لها وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحض إرادتها بغير إرشاد أحد مع أن الحالة الثانية أشد إجراماً من الأولى "([1])

ترتيباً على ذلك فإن رضاء الحامل بالإجهاض لا يعتبر سبباً للإباحة؛ لأن الحق محل الحماية هو الجنين،وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "إن رضاء الحامل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة؛ ذلك أن للنفس البشرية حرمة لا تستباح بالإباحة، ومن ثم فإن ذهاب المجني عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول ليجري لها عملية الإسقاط ووفاتها بسبب ذلك ،لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور، وليس في مسلك المجني عليها ما يقطع علاقة السببية بين فعل المسقط وبين وفاة المجني عليها"٠([2])

ثالثاً: وسائل إسقاط الحامل لنفسها،

لا أهمية لنوع الوسيلة التي تستخدمها الحامل في إجهاض نفسها، فيستوي أن تأخذ صورة العنف أو أن تتجرد منه٠

وذهبت إحدى المحاكم في ذلك إلى القول "وقد جاء نص هذه

---

[1]) أسيوط استئنافياً، ٩ مايو ١٩١٢،المجموعة الرسمية س ١٣ رقم ١١٧ص ٢٤٤، مشار إليه: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٢٥ ٠

[2]) نقض ١٩٧٠/٢/٢٧، الطعن رقم ١١٢٧لسنة ٤٠ ق، ص ١٢٥٠، ١٢٥١مجموعة أحكام النقض، العدد الثالث، ديسمبر ١٩٧٠ ٠

المادة من وسائل الإسقاط التي تستعملها المرأة الحبلى عام بغير تفصيل، كما ذكر في المادتين السابقتين بالنسبة للأجنبي فيكون الضرب أو الإيذاء داخلين في هذه الوسائل بطبيعة الحال؛ إذ إنهما لم يخرجا عن كونهما من الوسائل المؤدية للإسقاط. وينتج من ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لإسقاط حملها كان داخلاً ضمن الوسائل المنصوص عليها بهذه المادة واعتبره القانون جنحة، خلافاً للأجنبي الذي يعد فعله جناية . وهذا الفرق في المعاملة بين الأجنبي والمرأة الحبلى معقول؛ لأن الأول فعله يتناول الإضرار بشخصين، أما الثانية فإن كان لها أن تؤذي نفسها فليس لها إيذاء الجنين، وهو ما يعاقب عليه القانون".(1)

ويلاحظ أن الامتناع يصلح لقيام هذه الجريمة، ومؤدى ذلك أن تمتنع المرأة الحامل عن الحيلولة بين الغير وبين إجهاضها، بشرط أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون الإجهاض. وهنا ينطبق نص المادة ٢٦٢ من قانون العقوبات "أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط من ذلك حقيقة". ويعد من قبيل ذلك أن تترك الغير يضربها ليجهضها، أو أن تتركه يخدرها حتى يجري بعد ذلك عملية إجهاضها .

ترتيباً على ذلك يستوي لاعتبار الحامل فاعلاً في جريمة إجهاض نفسها، أن تقوم بفعل إيجابي كتعاطي الدواء المؤدي إلى الإجهاض عن علم، أو أن يقتصر دورها على أمر سلبي هو عدم المعارضة في الوسيلة عن علم بالقصد منها.

(1) أسيوط استئنافياً، في ٩ مايو ١٩١٢، مشار إليه سابقاً .

الفرع الثاني

إجهاض الغير للحامل

تمهيد:

يقع الإجهاض بصور متعددة، فالمرأة ليست دائماً هي الفاعل الأصلي فيها، وعددت التشريعات التي جرمت الإجهاض صوره إلى نوعين: الأول وهو إجهاض الحامل لنفسها كما أوضحنا سابقاً، والثاني هي إجهاض الغير للحامل دون عنف، وفي هذه الحالة قد يكون اختيارياً أي برضاء المرأة الحامل، أو إجبارياً أي يقع كرهاً عنها، وقد يكون إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف، فثمة ضوابط تميز بين هذه الجرائم ألا وهي صفة الجاني، وما إذا كان الغير أم الحامل نفسها، وإذا كان الغير فثمة ضابط يميزها، وهو ما إذا كان قد استخدم العنف أو وسيلة سواه.

وإجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة، نصت عليه المادة ٢٦١ من قانون العقوبات المصري، ويلاحظ أن لهذه الجريمة صورتين مشددتين، الأولى: وهي استعمال العنف في الإجهاض وعدم رضاء الحامل به، وهو ما نصت عليه المادة ٢٦٠ عقوبات مصري، أما الثانية: فهي توافر صفة معينة للمجهض بأن يكون طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، الوارد النص عليها بالمادة ٢٦٣ عقوبات مصري، وسوف نعالج هذه الصور الثلاث على النحو التالي :-

أولاً: إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة.

تفترض هذه الصورة أن مرتكب فعل الإجهاض شخص غير المرأة الحامل، وتفترض تجرد وسيلة الإجهاض عن العنف، سواء كانت الحامل راضية بالفعل أو كانت غير راضية به، وهذا يعني أن تكون وسائل الإجهاض ليس فيها عنف أو نحوه من أنواع الإيذاء، وأن من قام به ليس طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، وبالتالي يجوز أن

يكون الغير إمرأة حامل تقترف فعل الإجهاض على حامل أخرى.

وقد نص قانون العقوبات المصري على هذه الصورة في المادة/ ٢٦٢ منه على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها، سواء برضائها أم لا، يعاقب بالحبس".

ونلاحظ أن رضاء الحامل بالفعل أو عدم رضائها سواء لدى القانون المصري؛ ذلك لأن رضاء الحامل ليس سبباً لإباحة الإجهاض، باعتبار أن محل الحماية هو حق الجنين في الحياة وليس للحامل صفة للتصرف فيه.([1]) فنص القانون صريح في ذلك، كما أنه وفقاً للقواعد العامة لا تأثير لرضاها على قيام الجريمة؛ ذلك لأن فعل الإجهاض يظل مجرّماً سواء رضيت به أم لم ترض. فعلة التجريم تتمثل في حق الجنين في الحياة وحمايته من أي إعتداء يقع عليه ولو كان من الحامل ذاتها.

كما أنه إذا اقتصر المتهم على مجرد دلالة الحامل على وسيلة الإجهاض، واستعملتها الحامل ونتج عن ذلك انتهاء حالة الحمل قبل الأوان؛ فإنه يعد فاعلاً أصلياً بالرغم من عدم اقترافه فعل الإسقاط كله أو جزء منه. ويرجع السبب في ذلك أن بمجرد إرشاده ودلالته يكون قد قام بالجانب الصعب من المشروع الإجرامي، الأمر الذي أدى إلى تحقيق النتيجة الإجرامية.([2])

أما التشريع الفرنسي فقد نص في المادة (٢٢٢٢- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بقرار بقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠

---

[1]) د. فوزية عبد الستار"شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٣، ص ٤٩٢.

[2]) انظر في ذلك: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٠ .انظر أيضاً: د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٧٨.

الصادر في يونيه ٢٠٠٠، تحت بند "إنهاء الحمل غير القانوني (Interruption illégale de grossesse) على أن" إنهاء الحمل من قِبل الغير، يعاقب عليه بالسجن مدة سنتين وغرامة قدرها ٣٠ ألف يورو- إذا تمّ عن علم- في أحد الظروف الآتية:-

١) بعد انقضاء المدة التي يسمح به القانون، ما لم يتم ذلك لأسباب طبية.

٢) إذا قام به شخص لا يتمتع بصفة الطبيب.

٣) داخل مكان آخر غير المستشفى العام، أو المستشفى الخاص المستوفية للشروط التي ينص عليها القانون، أو خارج إطار الاتفاق المنصوص عليه في المادة(٢٢١٢- ٢) وفي حالة اعتياد الجاني على ممارسة هذا الفعل، يعاقب بالشروع على إنهاء الغير للحمل عمدا بنفس العقوبات المنصوص عليها في هذا المادة (أي يأخذ نفس عقوبة إنهاء الغير للحمل بطريق العمد)".(١)

---

1) Code de la santé publique. (Chapitre II : Interruption illégale de grossesse). Article L2222-2, "L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :

1- Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical;

2- Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin;

3-Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement. ==

كما نص في مادته (٢٢٣- ١٠) عقوبات فرنسي على أنه" يعاقب على قطع الحمل بدون موافقة الشخص المعني (المرأة الحامل) بالحبس الذي لا يزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ٧٥ ألف يورو". (١) ومن ثم عاقب المشرع الفرنسي على إسقاط الغير للحامل دون رضاها وفقاً لقانون العقوبات الفرنسي. وعاقب على إسقاط الغير للحامل في أي حالة - أي ولو كان برضاء الحامل- متى تم ذلك دون مراعاة الشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث أن مخالفة هذه الشروط تجعل من الإجهاض عملاً غير مباح.

ثانياً: إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف.

إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف، هو إنهاء حالة الحمل دون رضاء المرأة، مع انعدام إرادة المرأة الحامل، سواء كان إكراهاً مادياً. وهو الذي يأخذ جميع أفعال القوة والعنف التي تقع على جسم المرأة الحامل كالضرب أو الدفع أو الركل أو الإلقاء من مكان مرتفع. أو كان إكراهاً معنوياً ومن أمثلته تهديد المرأة الحامل بأن أذى سيلحق بها أو بشخص عزيز عليها، إن لم تقبل الإجهاض وتخضع له، وذلك لأن الرضا الصادر من المرأة يعتبر مشوباً بعيب

= =La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.(Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 14 JORF 7 juillet 2001).

1) Code pénal. (De l'interruption illégale de la grossesse). Article 223-10," L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende". (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002).

الإكراه الذي تنعدم معه الإرادة ٠

وقد نص التشريع المصري على هذه الصورة في المادة ٢٦٠ من قانون العقوبات بقولها "كل من أسقط عمداً إمرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، يعاقب بالسجن المشدد"٠ فهذه الصورة تتطلب أن يقع فعل الإجهاض من شخص آخر غير الحامل مع استعماله لوسيلة معينة حددها الشارع بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، فيقوم الظرف المشدد على استعمال العنف في الإجهاض مع افتراض عدم رضاء الحامل به٠وترجع علة تشديد العقاب إلى أن الاعتداء لا يقتصر على حياة الجنين، وإنما ينال كذلك حق الحامل في سلامة جسمها٠

ويثار التساؤل عن الضابط الذي يمكن اعتبار الفعل فيه عنفاً٠

اتجه رأي في الفقه إلى القول بأن ضابط اعتبار الفعل عنفاً، أن يحدث بالحامل ألماً بدنياً على نحو يمس به حصانة جسمها، ويعتبر أن وسائل العنف كلها سواء٠ فقد يستعمل الجاني أعضاء جسمه في الإيذاء، وقد يستعين بأداه أو عصا أو حبل أو ركل المرأة الحامل أو الإلقاء بها من مكان مرتفع ٠ نتيجة لذلك يدخل في نطاق الظرف المشدد إرغام الحامل تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي على أن ترتكب العنف على جسمها ٠([1])

وفي رأينا إذا كان العنف مرتبطاً بما تحدثه الوسيلة المستعملة من آلام للمرأة الحامل، فيترتب على ذلك أنه إذا ما شعرت المرأة بآلام من جراء استعمال الوسيلة كنا بصدد جناية٠ أما إذا تم استعمال الوسيلة ذاتها، وذلك دون أن تشعر المرأة بآلام كنا بصدد جنحة، وهذا القول يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وغير منطقية ٠ ويرجع السبب في ذلك في أن بعض الحالات قد تكون الوسيلة المستعملة في الإجهاض واحدة. فقد يتم إجهاض المرأة الحامل عن طريق ركلها

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٢ ٠

بالأرجل وهي تحت تأثير المخدر، وفي هذه الحالة لا تشعر المرأة بأي آلام نتيجة تخديرها ٠ فوفقاً للرأي السابق يعد هذا الفعل جنحة؛ لأن المرأة الحامل لم تشعر بأي ألم٠ أما إذا استخدمت نفس الطريقة لإجهاض الحامل، ولكن دون وجود مخدر بحيث تشعر بآلام بدنية من جراء ذلك، فإن الوسيلة المستعملة بحسب الرأي المتقدم تعد وسيلة عنف تجعل من الفعل جناية وفقاً لنص المادة ٢٦٠ من قانون العقوبات

مما تقدم نلاحظ أن الوسيلة المستعملة في الإجهاض مشتركة في الحالتين، وبالرغم من ذلك نعتبر الفعل في الحالة الأولى جنحة، وفي الحالة الثانية جناية، تأسيساً على إحساس المرأة بالألم في الحالة الثانية وعدم إحساسها به في الحالة الأولى؛ لوقوعها تحت تأثير المخدر، وهذا يجعل اتخاذ العنف معياراً للتمييز بين وقوع الإجهاض باستعمال الوسائل المشار إليها في المادة ٢٦٠عقوبات، وحدوثه بالوسائل المشار إليها في المادة٢٦١ عقوبات، أمرا غير منطقي، ويؤدي إلى نتائج غير عادلة .(١)

لذلك اتجه رأي آخر من الفقه إلى القول"بأن تكييف الجريمة تبعاً للوسيلة المستعملة، أمر غريب على قانوننا، ومصدره القانون العثماني، في حين أن مصدر المادة ٢٦٠ عقوبات وما بعدها هو القانون الفرنسي. وليس لهذه التفرقة سند واضح من العدالة، وأن من يتأمل نصوص مواد الإسقاط يلاحظ أن الضرب وحده لا يكفي لتشديد العقاب للمادة٢٦٠ عقوبات، بل يلزم إلى جانبه عدم رضاء الحامل بالإسقاط، فحين تشير المادتان ٢٦١،٢٦٢ صراحة إلى احتمال رضائها بالإسقاط بأن قررت الأولى"كل من اسقط عمداً امرأة حبلى...سواء برضائها أم لا"، وقررت الثانية في استهلالها " المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية"، إذ بالمادة ٢٦٠ تغفل مثل هذه الإشارة٠وكذلك حين

---

(١) انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٩٩ ٠

تنص المادتان٢٦١، ٢٦٢ عقوبات بإعطاء أوتعاطي الأدوية، وأيضًا باستعمال "وسائل مؤدية إلى ذلك"، فإن المادة ٢٦٠ عقوبات تنص على الإسقاط بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، وهو ما يدخل بالضرورة في عبارة" الوسائل المؤدية إلى ذلك"٠ فكأن استعمال العنف في الإسقاط لا يحدد وحده نطاق هذه المادة الأخيره، بل العبرة برضاء المرأة الحامل بالإسقاط من عدمه. فإن رضيت به فالواقعة جنحة دائماً مهما كانت الوسيلة المستعملة، أي ولو كانت الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ٠ في حين تكون جناية، إذا ما توافر لها الشرطان معاً، وهما: أن تتسم الوسيلة بنوع من العنف، وأن يكون الإسقاط بغير رضاها، وتوافر أحد الشرطين لا يغني عن الآخر" ٠(١)

وذهب جانب ثالث من الفقه إلى القول بأن الظرف المشدد الوارد النص عليه في المادة ٢٦٠ عقوبات، يتوافر في حالة عدم رضاء الحامل بالإجهاض عن طريق العنف٠ ويتسع ذلك لفرضين: أن تكون الحامل غير راضية بالإجهاض، أو أن تكون راضية به ولكنها غير راضية بأن يكون العنف وسيلته٠ ولم ينص الشارع على هذا العنصر، ولكنه مستفاد من كون التضرر من الألم البدني يفترض عدم الرضاء به٠ ومؤدى ذلك أن الظرف المشدد لا ينتفي إلا إذا ثبت رضاء الحامل بفعل الإجهاض العنيف صراحة أو ضمنا٠ وتكون الواقعة جناية، إذا ارتكبها الجاني بوسيلة عنيفة، ومن ثم يتسع الظرف المشدد في حالة ما إذا ارتكب العنف عليها مباغتة، أو استعمل الجاني فرصة نومها أو تخديرها ليأتي العنف على جسمها٠ وعدم رضاء المرأة أو رضائها مسألة يفصل فيها القاضي وفقاً للظروف المحيطة بالفعل والتي تعرض عليه٠(٢)

---

(١) د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٧،٢٣٢ ٠

(٢) انظر في ذلك، د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٢ ٠ انظر ايضا ==

ونحن نرى منعاً لاختلاف الفقه وعدم الوقوع في الخطأ، أن يتدخل الشارع ويجعل ضابط التمييز بين فعل الإجهاض الذي يعد جناية، وفعل الإجهاض الذي يعد جنحة، هو رضاء المرأة الحامل بهذا الفعل من عدمه، سواء كان صريحاً أم ضمنياً، وذلك دون الاعتداد بالوسيلة التي يستعملها الجاني لإحداث فعل الإجهاض، وبناء عليه إذا تم فعل الإجهاض دون رضاء المرأة الحامل، نكون بصدد جناية، أما إذا تم هذا الفعل برضائها، نكون بصدد جنحة.

ثالثاً: إجهاض الغير ذي الصفة للحامل.

تفترض هذه الصورة قيام الغير بإجهاض الحامل في صورته البسيطة، بالإضافة إلى كون الفاعل شخصاً غير الحامل التي يراد إجهاضها، وأن تتوافر فيه صفة معينة حددها الشارع على سبيل الحصر وهي: أن يكون المجهض طبيباً أو صيدلياً أو جراحاً أو قابلة. وعلى ذلك فلا يجوز أن تمتد هذه الصفة إلى غيرهم سواء بالقياس أو بالتوسع في تفسير النص.

وهو ما نصت عليه المادة ٢٦٣ من قانون العقوبات، وذلك بقولها إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يحكم عليه بالسجن المشدد". كما نصت المادة ١٧٤ من قانون العقوبات الكويتي على أنه "إذا كان الفاعل طبيبا أو صيدليا أو قابلة أو من العاملين في المهن المعاونة لمهنة الطب أو الصيدلية كانت العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز خمس عشرة سنة، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألفي دينار، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن

= = د.حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق ١٩٥٨، ص ٦٣٨ . وفي ذلك أيضاً د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٠ . راجع أيضاً د. محمود محمود مصطفي " شرح قانون العقوبات، القسم العام"، مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٤، ص٢٩٦، ٢٩٨ .

المعاونة لهم".

وترجع علة التشديد في السهولة التي يصادفها ذو الصفة في ارتكاب الإجهاض؛ وذلك لحيازته الخبرة الفنية والوسائل والمواد التي تتيح إجراءه، مما يسهل له ارتكاب هذه الجريمة وتفادي ما ينتج عنها من أخطار مع إخفاء أمرها. ويعتبر هؤلاء من ذوي النفوس الضعيفة، فالدافع إلى ارتكابهم هذا الجرم الفاحش يرجع في الغالب إلى أغراض الكسب المادي. الأمر الذي يترتب عليه تعدد الجرائم أو العود، مما يكشف عن خطورة إجرامية خاصة في الجاني، فإلى جانب ما يعنيه من تعدد الجرائم أو العود، فهو يتضمن تيسيراً للإجهاض وتشجيعاً عليه. لذلك أراد الشارع أن يقابل سهولة ارتكاب هذه الجريمة بتشديد عقابها .

ولا تتوافر علة التشديد إذا أجهضت الطبيبة - أو من في حكها من ذوي الصفة الخاصة - نفسها؛ ذلك لأنه لم يبعثها إلى الإجهاض دافع إلى الإثراء، ولا يعتبر فعلها مظهراً للاحتراف[1] .

والمرجع في تحديد صفة الجاني كطبيب أو جراح أو صيدلية أو قابلة، هو القوانين واللوائح التي تحدد اكتساب هذه الصفة وفقدها. فإن كانت هذه الصفة قد زالت عنه قبل ارتكابه فعل الإجهاض، وذلك بحرمانه من ممارسة مهنته نهائياً، فلا يؤخذ بالظرف المشدد لعدم توافره. أما إذا تم وقفه عن ممارسة مهنته مؤقتاً، يسأل بموجب الظرف المشدد، لأن الإيقاف المؤقت لا يفقده صفة الجاني [2]؛ ذلك لأن الخطورة ماثلة في شخصه وغير مرتبطة

---

[1]) انظر في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٣ . انظر أيضاً د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٩٢ . وكذلك انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٣ .

[2]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٣ .

بالمزاولة الفعلية للمهنة، فيتحقق الظرف المشدد ولو أجرى الجاني الإجهاض دون أجر أو كان موقوفاً مؤقتاً عن ممارسة مهنته ٠

بناء على ذلك يقتصر نطاق هذا الظرف على جريمة إجهاض الغير للحامل، فلا تطبيق له على جريمة إجهاض الحامل نفسها، أي أنه إذا كانت الحامل طبيبة أو صيدلية أو قابلة وأجهضت نفسها، وقّعت عليها العقوبة التي تنص عليها المادة/ ٢٦٢ عقوبات مصري، حيث لا تتوافر لديها علة التشديد (١) ٠كما أن صفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة، من الظروف الشخصية البحتة والتي تغير وصف جريمة الإجهاض من جنحة إلى جناية، فيتأثر به شركاؤه إن علموا بالصفة وقت ارتكاب الفعل الذي تحقق الاشتراك به، ولكن لا يتأثر به الفاعلون معه (٢).

ويرجع السبب في ذلك أن حكم هذا النوع من الظروف المشددة، لا تأثير لها إلا على من توافرت فيه، إعمالاً لنص المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري(٣)٠ ويختلف أثر هذا الظرف بالنسبة للغير بحسب ما إذا كان الغير فاعلاً أو شريكاً للطبيب أو من في حكمه٠ ففي الحالة الأولى: إذا كان الغير فاعلاً فلا تأثير لهذا الظرف المشدد عليه سواء علم بصفة الطبيب - أو من في حكمه- أو لم يعلم، وبذلك يعاقب الجاني ذو الصفة بمقتضى حكم المادة ٢٦٣ عقوبات مصري،

---

١) انظر في ذلك د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٨ ٠ انظر أيضاً د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ٦٤١ ٠

٢) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٤ ٠

٣) تنص المادة/ ٣٩ عقوبات مصر على أنه " يعد فاعلاً للجريمة، أولاً: من يرتكبها وحده أو مع غيره، ثانياً: من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة اعمال، فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها٠ ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم، وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها"٠

ويعاقب الفاعل الآخر بمقتضى حكم المادة ٢٦١ عقوبات مصري٠ وبناء عليه لا يمتد أثر هذا الظرف المشدد إلى المرأة الحامل إذا رضيت بإجهاضها ممن تعلم بتوافر تلك الصفة فيه؛ ذلك لأنها في هذه الحالة لا تسأل عن جريمة إجهاض الغير لها، وإنما عن جريمة إجهاض نفسها المنصوص عليها في المادة٢٦٢ من قانون العقوبات٠أما الحالة الثانية: وهي إذا كان الغير شريكاً للجاني ذي الصفة، فإنه يتأثر بهذا الظرف المشدد المتعلق بصفة الجاني، إذا كان عالماً بهذه الصفة وقت ارتكاب الفعل الذي تحقق الإشتراك فيه٠ ومن ثم يعاقب الشريك بعقوبة الطبيب - أو من في حكمه- وفقاً لحكم المادة ٢٦٣ عقوبات مصري٠(١)

(١) انظر في ذلك د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٣٧ ٠وانظر أيضاً د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٤٠

الفصل الثاني
مدى مشروعية الإجهاض

تمهيد:-

بات الإجهاض من الموضوعات التي تشغل أقلام المفكرين والفقهاء، بل أصبح مطروحاً على ساحة النقاش باستمرار، وكان نتيجة ذلك تعدد الآراء حول مدى مشروعية الإجهاض، حيث اتجه جانب من المفكرين والفقهاء إلى جواز الإجهاض وإباحته، وذلك من أجل مواجهة ازدحام وتزايد السكان، ولمنع حدوث الإجهاض في الخفاء وما يترتب عليه من آثار سلبية، إلى جانب حق المرأة في الخصوصية واتخاذ قراراها بنفسها، بينما اتجه جانب آخر من الفقهاء إلى تجريم الإجهاض بل والحد منه في أضيق الحدود المباح فيها، وكذلك التمسك بحق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية خالية من المشاكل والعيوب، وما قد يترتب على الإجهاض من آثار سيئة، لأنه يتم في الغالب على أيدي غير متخصصين ولا دراية لهم بتلك العمليات.

ولم يقف الأمر عند اختلاف أهل العلم والفقه فحسب، بل اختلفت أيضاً نظرة التشريعات إليه، حيث اتجهت معظم التشريعات الغربية إلى إباحة الإجهاض، وذلك من أجل الحفاظ على حياة الأم وعلى صحتها البدنية والنفسية كالتشريع الأمريكي، كما اتجهت تشريعات أخرى إلى إباحة الإجهاض في حالة التخلص من الجنين المصاب بمرض خطير أو بتشوه لا علاج له كالتشريع الفرنسي، على النقيض من ذلك اتجهت التشريعات العربية- باستثناء التشريع التونسي- إلى عدم إباحة الإجهاض، وذلك بالرغم من اتجاه القلة إلى التخفيف من الغلو في التجريم من أجل مواجهة أفعال الإجهاض، إلا أن هذه التعديلات مازالت طفيفة وغير فعّالة.

وفي رأينا أن الاختلاف بين الواقع والقانون كان سببه الاختلاف بين العادات والتقاليد، فضلاً عن اختلاف الشعوب والحضارات والثقافات والأديان، الأمر الذي ترتب عليه ظهور وجهات نظر متباينة بين مؤيد ومعارض. وهو ما جعلنا نبحث وجهة نظر كل منهم وحججهم ومبرراتهم، مع التطرق لأهم التشريعات التي أباحت الإجهاض وكذلك التي جرمته، كما نتعرض لتشريع ديننا الحنيف وهو التشريع الإسلامي وموقفه من أحكام الإجهاض، وذلك من خلال تناولنا للمباحث الأتية:-

المبحث الأول: مذهب الإباحة.

المبحث الثاني: مذهب التجريم.

المبحث الثالث: موقف الفقه الإسلامي من الإجهاض.

المبحث الأول
مذهب الإباحة

تمهيد:-

نظراً للظروف الاقتصادية التي أصبحت تطغى على الكثير من المجتمعات، وباتت أمراً يهدد حياة الأفراد، تزايد الإجهاض بصورة كبيرة من أجل التخلص من جنين يهدد أسرة لا تتحمل استيعابه ضمن مخططها الاقتصادي، وعلى الأكثر من ذلك فانتشار العادات السيئة في المجتمع وانتشار الفوضى والرذيلة جعلت من الاغتصاب أمراً مستهاناً به، يرتكبه الفوضويون دون دراية بما يترتب عليه من آثار سيئة نتيجة وجود طفل ثمرة هذا الاغتصاب، هذا الجنين الذي لا ذنب له تلجأ أمه إلى التخلص منه بغية التخلص من العار ومن نظرة المجتمع السيئة لها على الرغم من كونها ضحية لجريمة اغتصاب، تلك الأمور أصبح الفقهاء ينظرون إليها بعمق وتمعن، محاولين الوصول إلى حل مناسب لتفادي تلك الآثار، ومن ثم انتشرت دعواتهم إلى إباحة الإجهاض، سواء فيما يتعلق بالندوات أو المؤتمرات، وتأثرت بعض التشريعات بالفعل بهذه الدعوات، وأصبحت تخفف من نصوص الإجهاض الخاصة بها سواء بإضفاء أسباب إباحة للتخفيف منه أو بإدراج شروط وإجراءات من أجل القيام بتلك العمليات، وذلك من أجل ضمان القيام بتلك العمليات، ولضمان القيام بعمليات الإجهاض تحت نظر الدولة ووفقاً لنصوصها.

ونتناول في هذا المبحث فكرة المؤيدين لإباحة الإجهاض، وبيان الحجج التي استندوا إليها، وكذلك بيان موقف التشريعات التي استجابت بالفعل لدعوات هؤلاء المؤيدين، وذلك من خلال فرعين على النحو التالي:-

المطلب الأول: فكرة مؤيدي الإجهاض وحججهم.

المطلب الثاني: تشريعات أباحت الإجهاض.

المطلب الأول
فكرة مؤيدي الإجهاض وحججهم

تمهيد:

اختلفت آراء مؤيدي الإجهاض تبعاً لاختلاف نظرة المجتمعات إليه وذلك تبعاً لاختلاف الديانات، واختلاف سياسة الحكومات في الدول. واتجه مؤيدو الإجهاض إلى الدفاع عن حق المرأة في حرية إجهاض نفسها، وجاهدوا باحثين عن أسانيد تقوي موقفهم وتمكنهم من الاعتماد عليها كأساس للدفاع عن هذا الحق وعدم انتهاكه. فمنهم من جعل حجته هي حق المرأة في الحرية الشخصية والخصوصية، ومنهم من استند إليه كحل لمشكلة لجوء المرأة إلى الإجهاض السري، وما ينتج عنه من العديد من المشكلات السلبية والتي قد تنتهي في الغالب إلى وفاتها. كما استند مؤيدو الحق في الإجهاض إلى اعتباره حلاً لمنع تزايد السكان ومواجهة الظروف الاقتصادية.

ولا نستطيع أن ننكر تأثر بعض التشريعات بتلك الحجج والأسانيد. والتي على إثرها قامت كثير من الدول بتعديل قوانينها فمنهم من أباحه، ومنهم من حاول التخفيف من أحكام الإجهاض. ونتناول بالبحث وجهة نظر مؤيدي الإجهاض، والحجج التي استندوا إليها مع بيان موقف بعض التشريعات التي أباحت الإجهاض.

الفرع الأول
الحق في الخصوصية والحرية الشخصية

الحق في الخصوصية والحرية الشخصية كان الركيزة الأولى التي اعتمد عليها مؤيدو الحق في الإجهاض؛ ذلك لأنه من أهم

الحقوق التي حرصت جميع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على تضمنها. وقد نصت المادة ٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م، على أن" لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه". كما نصت المادة ١٢ من نفس الإعلان" لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته...".

كما تضمنت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ في المادة ٩ منها أن" لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية"، وتضمنت أيضاً في المادة ١٧ من نفس الاتفاقية على أنه" لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته ....."،وتضمنت الفقرة الثانية من المادة ٥ فيما يتعلق بالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ أن" لا يجوز تقييد حقوق الإنسان الأساسية".

ويبرر مؤيدو الإجهاض وجهة نظرهم، في أن الإنسان له الحرية المطلقة فيما يتعلق به أو يخص حياته الشخصية أو حياة عائلته، وذلك دون تدخل تعسفي من أحد حتى ولو كانت الدولة. فالمرأة لها حرية التصرف في حملها وجنينها بإرادتها المنفردة. فيرى مؤيدو الإجهاض أن الجنين يعد جزءاً لا يتجزأ عن أمه، ومن ثم فلها الحرية الكاملة في التصرف فيه كيفما تشاء، ذلك لأن إجبار المرأة على استمرار حملها غير المرغوب فيه يمثل اعتداء على حقها في الحرية الشخصية وفي شئونها الخاصة.(1)

---

1) Supreme Court of the United States, " Roe v. Wade". 410 U.S. 113. 314 F.Supp. 1217, affirmed in part and reveresd in part. 1973.

- See too: John Kenyon Mason: " The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction", Cambridge University Press, 2007. P, 30.

ويرى أحد مؤيدي الإجهاض أنه من الدعائم الأساسية لحقوق الإنجاب، هو حقها في تقرير حقها في وجود أبناء لها من عدمه. فللمرأة أن تطلع على طرق آمنة وفعالة ومقبولة لتنظيم أسرتها، ومن ثم يكون لها الحق في إنهاء حملها متى رغبت في ذلك.(١)

بل يرى مؤيدو الإجهاض أن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية التي تكفل له الحماية، حيث أن معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تقرر الحماية الكاملة للإنسان. وفي رأيهم الجنين ليس إنساناً طالما أنه لم يولد بعد. فجميع الاتفاقيات الدولية قصدت الشخص بعد ميلاده. ويؤكدون وجهة نظرهم هذه، بأن الجنين لو كان إنساناً لاعترف به المشرع وضمن الاعتداء عليه تحت النصوص المتعلقة بالقتل.(٢)

وأكد على ذلك القرار الصادر عن البرلمان الأوروبي "PACE" رقم ١٦٠٧ لسنة ٢٠٠٨ ، والذي تم التصويت عليه بأغلبية ١٠٢ صوت مقابل ٦٩ صوت، لضمان إمكانية الوصول إلى الإجهاض الآمن والقانوني في أوروبا. ذلك أنه يُسمح في معظم الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي بالإجهاض إنقاذاً لحياة الحامل. كما يمسح به لعدد من الأسباب والتي منها الحفاظ على صحة الحامل الجسدية والنفسية، وكذلك في حالات الحمل الناتج عن سفاح أو زنا محارم، وذلك مع فرض شروط معينة لتقييد الوصول الفعال إلى الإجهاض

---

1) Council of Europe, European Committee for Equality between Women and Men. "Guaranteeing Freedom of Choice in Matters of Reproduction, Sexuality and Lifestyles in Europe, Trends and Developments: International Forum, Tallinn(Estonia), 27-29 November 1997". OP. Cit, P.42.

2) Lauren R.Sass: Abortion, freedom of choice and the right to life, Fact on life. New York. 1978. P 220.

الآمن. ويرى المجلس أن حظر الإجهاض ولو ضمن حدود معقولة لا يؤدي إلى نقص أو تقليل حالات الإجهاض، بل يؤدي إلى عمليات الإجهاض السرية، والتي ينتج عنها زيادة في معدل وفيات الأمهات. فمشروعية الإجهاض لا تكون من أجل التأثير على حاجة المرأة للإجهاض، بل من أجل وصولها إلى الإجهاض الأمن. ويؤكد المجلس على حق جميع البشر، ولاسيما النساء، في احترام سلامتهم الجسدية وحرية التصرف في أجسادهم. وعلى هذا الأساس دعا المجلس الأوروبي إلى عدم تجريم الإجهاض خلال حدود معقولة للحمل، أن لم تكن قامت بذلك بالفعل، كذلك السماح للنساء بحرية الاختيار، وتوفير الظروف المناسبة لاختيار حر ومستنير. وذلك دون تشجيع على وجه التحديد على الإجهاض رفع القيود التي تعيق بحكم القانون أو بحكم الأمر الواقع، الوصول إلى الإجهاض الأمن، وبصفة خاصة، اتخاذ الخطوات اللازمة لتهيئة الظروف الصحية والرعاية الطبية والنفسية الملائمة، وتوفير التكلفة المالية المناسبة. (1)

ويرد معارضو الإجهاض ونحن نؤيدهم على تلك الحجة، بأن حق الجنين في الحياة يفوق حق الأم في الحرية والخصوصية. فالأمر لا يتعلق بتحديد مصيرها فقط، بل يتعلق بجنين له الحق في أن يولد ويعيش، فلا يجوز حرمانه من هذا الحق أو التعدي عليه. وذلك باستثناء الحالة التي يكون فيها الحمل مصدر خطر على الأم، حيث يجوز إجهاض الجنين حفاظاً على صحة الأم(2).

---

1) Referred to: Case of A, B and C v. Ireland. (Application no. 25579/05), judgment, Strasbourg 16 December 2010.

2) د. نجيب حسني " القسم الخاص"، مرجع سابق، ص ٥٠٩ .

الفرع الثاني
الإجهاض وسيلة لحل بعض المشكلات

تمهيد:-

يتجه المؤيدون للحق في الإجهاض إلى القول بأن الإجهاض وسيلة لحل بعض المشكلات، والتي تتمثل من وجهة نظرهم في الحد من لجؤ المرأة إلى محاولات الإجهاض السري، والذي يتم في الخفاء وغالباً ما يؤدي إلى وفاتها، سواء أكان السبب راجعاً إلى جريمة اغتصاب أم راجعاً إلى ظروف اقتصادية لا تتحمل عبء هذا الجينن، كما يرى مؤيدو الحق في الإجهاض أن إباحة الإجهاض، يساعد في الحد من الزيادة السكانية، والتي باتت تهدد اقتصاد كثير من الشعوب، الأمر الذي يجعلنا نتطرق إلى مناقشة حجج مؤيدي الإجهاض على النحو التالي:-

أولاً: الحد من اللجؤ إلى الإجهاض السري.

الإجهاض السري هو الإجهاض الذي تلجأ إليه المرأة الحامل في الخفاء لإنهاء حمل غير مرغوب فيه، إما بواسطة أفراد يفتقرون إلى المهارات اللازمة، أو في بيئة تفتقد المعايير الطبية اللازمة، أو كليهما معاً، بل قد تقوم المرأة بإجهاض نفسها بنفسها عن طريق تناول أدوية وعقاقير مجهضة، ذلك دون إداركها للخطورة التي قد تواجهها وتؤثر على صحتها من جراء استخدام تلك الأدوية.

وتتزايد عدد عمليات الإجهاض السرية وغير الآمنة في العالم - وفقاً لدراسات أعدتها منظمة الصحة العالمية- من ٤٤٪ في عام ١٩٩٥ إلى ٤٧٪ في عام ٢٠٠٣ ،وتسبب الإجهاض غير الآمن في وفاة مائتي وعشرين حالة وفاة من مائة ألف عملية إجهاض خلال عام ٢٠٠٨، وأثبتت الدراسات أن معظم هذه الإحصائيات تسجل في البلدان

النامية، التي تضع قيوداً على عمليات الإجهاض.([1])

ويرجع السبب في لجوء الحامل إلى الإجهاض السري إلى العديد من العوامل، والتي تتمثل أغلبها في الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها الأسرة، حيث يمثل الجنين عبئاً على موارد الأسرة. وقد يرجع السبب إلى رغبة المرأة في التخلص من جنين ناتج عن جريمة اغتصاب أو زنا، خشية العار، والذي يتم غالباً في الخفاء. وقد يكون اللجؤ إلى الإجهاض السري، نتيجة إخفاق وسائل منع الحمل التي تستخدمها المرأة، الأمر الذي ينتج عنها حمل غير مقصود أو غير مرغوب فيه، بل قد يكون الحمل مرغوباً فيه في بداية الأمر، ثم يصبح غير مرغوب فيه نتيجة التشخيص بتشوه الجنين أو إصابته بمرض خطير، أو أن صحة المرأة قد تصبح في خطر أثناء الحمل أو بسببه.

واتجه أحد مؤيدي الحق في الإجهاض إلى القول بأن الظروف الاقتصادية والاجتماعية تلزمنا بضرورة إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالإجهاض، مع مراعاة الناحية الدينية وضمان صحة الأم. وذلك من خلال وضع الدولة لعدد من التنظيمات التي تخفف من خطورة البقاء على أحكام جريمة الإجهاض بوضعها الراهن، في معظم التشريعات التي تضع قيوداً عليه. بل يرى جواز إجهاض المرأة الحامل في حالة زيادة الأولاد عن ثلاثة، بشرط موافقة الأب والأم وأن يتم ذلك قبل مضي ثلاثة أشهر من الحمل.([2])

ويرد رأي من معارضي الحق في الإجهاض بأن إباحة الإجهاض لظروف اقتصادية واجتماعية، يؤدي إلى انتشار الفوضى وإهمال المرأة

---

[1]) مقال منشور بجريدة الاتحاد الإماراتية، بعنوان "عمليات الإجهاض السري في العالم إلى ازدياد"، منشور بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٠، عبر الموقع الرسمي لجريدة الاتحاد http://www.alittihad.ae/

[2]) د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٠٥، ١٠٦ .

في العلاقات الجنسية، واللجؤ إلى تكرار عمليات الإجهاض. وهو ما يؤثر على صحة المرأة الجسدية، بل يؤدي إلى وفاتها في أغلب الأحيان.(1)

ويؤكد مؤيدو الإجهاض موقفهم باستنادهم إلى النتائج المذهلة التي ظهرت في الدول التي أباحت الإجهاض، أو التي خففت من القيود التي تتعلق به، حيث انخفضت نسبة وفيات النساء الحوامل اللاتي لجئن إلى الإجهاض في الولايات المتحدة الأمريكية بمقدار ٨٥٪ خلال خمس سنوات من تقنين الإجهاض عام ١٩٧٣ .كما انخفضت نسبة المضاعفات الناتجة عن الإجهاض غير الآمن في جنوب إفريقيا من ٥٠٪ إلى ٢٩٪ ما بين عام ١٩٩٦ إلى عام ١٩٩٧، واستمر هذا الاتجاه نحو الانخفاض في كافة أنحاء البلاد التي تخفف من أحكام الإجهاض.(2)

ومع ذلك فإذا كان الإصلاح القانوني ضرورياً من وجهة نظر مؤيدي الإجهاض، إلا أنه لا يكفي وحده لخفض معدل وفيات الإجهاض غير الآمن. بل يجب أن يكون مصحوباً بتوفير خدمات الإجهاض الآمنة وتحسينها، بشرط أن تكون في متناول اليد ودون تكلفة تفوق قدرة المرأة الراغبة في إنهاء حملها. فالنساء بحاجة إلى أن يتم إعلامهن بحقهن في الحصول على الإجهاض، وبأماكن تقديم هذه الخدمات.(3)

وبالفعل تأثر القانون التونسي بهذه الدعوة، فنص في المادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي على أنه "إذا كانت الظروف الاقتصادية

---

(1) د. حسن ربيع، المرجع السابق، ١٢٣ .

(2) د. سونداري رافيندران، حزمة معلومات المنتدى الدولي للإجهاض الدوائي، " معلومات لصانعي السياسات"، الجزء الرابع، بدون دار نشر، ص ٣ .

(3) د. سونداري رافيندران، المرجع السابق، ص ٤ .

للمرأة الحامل لا تسمح بإنجاب طفل ورعايته وتأمين مستلزماته المختلفة، يجوز لها أن تتقدم بطلب لإنهاء حملها خلال الثلاثة أشهر الأولى"٠

كما أكدت لجنة حقوق الإنسان - والتي تراقب التزام الدول الأطراف بالميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية - مرارا وتكرارا على التهديد الذي يمثله حظر الإجهاض على حياة النساء، والذي يدفعهن إلى السعي طلباً للإجهاض غير الآمن، ونادت كثير من الدول بتحرير القوانين الجنائية المتعلقة بالإجهاض٠(١) بل تم التصديق على بروتوكول الاتحاد الإفريقي لحقوق النساء في إفريقيا عام ٢٠٠٥، والذي نص على أنه يجب على الدول الأطراف، أن تصرح بالإجهاض في حالات الاعتداء الجنسي والاغتصاب وزنا المحارم؛ وذلك من أجل حماية صحة المرأة من تعرضها لمخاطر نفسية أو جسدية٠(٢)

ويرد معارضو الإجهاض على تلك الحجة، بأن حق الجنين في الحياة يفوق الأهمية الاجتماعية والاقتصادية للأسرة٠ فضلاً عن صعوبة وضع معيار معين يحدد المستوى الاقتصادي الذي يصبح الإجهاض فيه مباحا٠ فهي حجة غير مبررة ولا يمكن التسليم بها، بل لا يجوز تقديم مصلحة الأسرة على وجود جنين يهدد اقتصادها٠(٣)

---

1) Safe and legal abortion is a woman's human right. Centre for Reproductive Rights. New York, August 2004.

2) Protocol to the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights relating to the Rights of Women. Maputo, African Union, 2003.

٣) د. محمود نجيب حسني "القسم الخاص"، المرجع السابق، ص ٥٠٩ ٠ انظر أيضاً د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٢٣، كذلك راجع د. شريف خاطر "الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٨١ ٠

وفي رأينا فنحن نتفق مع رد معارضي الإجهاض، فالجنين نعمة من عند الله، يتعين على الأسرة تحملها مهما كانت الأسباب، ولا يجوز التعدي على حكمة الله سبحانه وتعالى. فقال تعالى {وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا}(١)، وقوله تعالى{وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ} .(٢)

ثانياً: الإجهاض وسيلة للحد من التزايد السكاني.

أثيرت العديد من المشكلات الناتجة عن التزايد السكاني، والتي باتت تهدد العالم بأكمله، وتؤثر على الاقتصاد وعلى المجتمع والتعليم والعمل. الأمر الذي دعا مؤيدي الإجهاض إلى القول بأن إباحة الإجهاض يسمح بالحد من التزايد السكاني، بل يعد من أهم الحجج التي استندوا إليها في تحديد النسل.

وتعمل المجتمعات الدولية جاهدة على الحد من التكاثر السكاني، فيرى مؤيدو الحق في الإجهاض أن إباحة هذا الحق وتوفيره يعد وسيلة أكثر فاعلية من استخدام وسائل منع الحمل، ومن ثم خفض معدلات التزايد السكاني من أجل إعادة التوازن بين نقص الموارد وارتفاع عدد السكان الذي يكاد يصل إلى كارثة الإنفجار السكاني.(٣)

وتعد دولة "الصين" من أبرز الدول التي تطبق سياسة الطفل الواحد منذ عام ١٩٧٨، بل أنها تفرض عقوبات على من يخالف تلك السياسة، حيث يفرض القانون على كل زوجين من سكان المدن إنجاب طفل واحد، وربما طفلين لأهل الريف. وكان ذلك من أجل الحد من التضخم السكاني، والحفاظ على الموارد الطبيعية في أكثر

---

١) سورة الإسراء، الآية رقم ٣١ .

٢) سورة هود، الآية رقم ٦ .

3) Jacques Vallin, Guillaume J. Wunsch: "Histoire des idées et politiques de population". INED, 2006.

دول العالم اكتظاظاً بالسكان، حيث يبلغ عدد سكانها أكثر من مليار نسمة. ومع ذلك فقد بلغ عدد حالات الإجهاض نحو ١٣ مليون حالة سنوياً، وهو ما يثير قلق الحكومة الصينية، حيث إن معظم هذه الحالات تتم في عيادات غير مرخص لها.[1]

غير أن اللجوء إلى الإجهاض كوسيلة لتحديد النسل؛ ومن ثم الحد من الزيادة السكانية، لقي معارضة في المؤتمر العالمي للتنمية والسكان الذي عقد في مصر في الفترة ما بين ٥ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، حيث جاء في الفصل الثامن المتعلق بالصحة ومعدلات الاعتلال والوفيات أنه "لا يجوز الدعوة إلى الإجهاض كوسلية من وسائل تنظيم الأسرة، وعلى جميع الحكومات والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة، تعزيز التزامها بالحفاظ على صحة المرأة، ومعالجة الآثار الصحية للإجهاض غير الآمن، باعتبارها من الشواغل الرئيسية للصحة العامة، كما يتعين تقليل اللجؤ للإجهاض، وذلك من خلال التوسيع في خدمات تنظيم الأسرة وتحسينها".[2]

ونحن نرى أن حق الجنين في الحياة يعلو أي وضع في المجتمع، بل إن إباحته تؤدي إلى انتشار الفوضى وإباحة الرذيلة في المجتمع، بل وإهمال المرأة في تنظيم حملها، وإقامة علاقات جنسية غير مشروعة. طالما أنه تم إباحة الحق لها في التخلص من هذا الجنين، مستندة في ذلك إلى قانون دولتها الذي يحد من الإنجاب حفاظاً على عدد السكان، ففي رأينا لا يجوز الإجهاض مهما كانت الأوضاع

[1]) موسوعة ويكيبيديا، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٣/١٦، راجع موقع النت. http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B5%D9%8A%D9%86#.D8.A7.D9.84.D8.AF.D9.8A.D9.86

[2]) المجلس القومي للسكان، بيان المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد في القاهرة عام ١٩٩٠

الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع والأسرة.

صفوة القول فإننا لا نوافق ما استند إليه مؤيدو الإجهاض من حجج لا أساس لها، حيث نرى أن المرأة وإن كان لها حق في الحرية والاختيار، إلا أنها ليس لها أن تتحكم في حرية الجنين أو في شخصه، وليس لها تحديد مصيره فيما بين الحياة أو الموت. وإذا كان الإجهاض وسيلة للقضاء على الأضرار المترتبة على عمليات الإجهاض التي تتم في الخفاء - أياً كانت أسبابها- فنرى أن حق الجنين في الحياة يفوق أي اعتبارات في المجتمع، كما لا يصلح الإجهاض أن يكون وسيلة للحد من الزيادة السكانية، فلكل فرد رزقه. وهو ما أكدت عليه شريعتنا الإسلامية على ما سنرى فيما بعد.

ومع ذلك استجاب عدد كبير من الدول إلى تأييد حق المرأة في الإجهاض، ومن ثم تغيير قوانينها، أو التخفيف من أحكامها المتعلقة بالإجهاض. ونتناول بالبحث موقف هذه التشريعات في مطلب مستقل على النحو التالي.

المطلب الثاني
تشريعات أباحت الإجهاض

تمهيد:-

من الدول التي أباحت الإجهاض بشكل مطلق دولة "كندا". ففي عام ١٩٨٨ ألغت محكمة كندا العليا القانون الفيدرالي الخاص بالإجهاض، ولم يستبدل البرلمان به حتى الآن قانونا آخر. ومن هذا الوقت صار الإجهاض أمراً طبيعياً وغير سياسي في دولة كندا، بل إن العودة إلى تجريم الإجهاض يعد أمراً غير طبيعي.(١)

١

[1]) Rahman A, Katzive L, Henshaw. A global review of laws on induced abortion, 1985-1997. International Family Planning Perspectives 1998. P 24.

كما تعد دولة "كوبا" من أقدم الدول النامية التي أباحت الإجهاض لدواعٍ عديدة، حيث صدر قانون ١٩٣٦ والذي أجاز الإجهاض في حالة وجود خطر جسيم على حياة الأم الحامل. وفي عام ١٩٧٩ شُرع قانون بدلاً من أن يحدد متى يكون الإجهاض قانونياً، فقد حدد متى يكون الإجهاض غير قانوني، وذلك في الحالات التي يتم فيها الإجهاض دون موافقة المرأة الحامل، وكذلك إذا تم في مكان آخر غير المستشفى، أو إذا أخفق مقدم الخدمة في الالتزام بالأعراف السائدة، أو أنه تم بغرض الربح.(١)

وفي "السويد" يُسمح بالإجهاض بناء على طلب المرأة الحامل، حتى نهاية الأسبوع الثامن عشر من الحمل، ثم بموافقة مجلس طبي بعد انتهاء هذه المدة، وفي كل الأحوال يتم الإجهاض بناء على طلب المرأة الحامل(٢). كما أباحته الولايات المتحدة الأمريكية في أكثر من ثلاثين ولاية منذ عام ١٩٧٣، وأباحته فرنسا بصدور قانون Veil في عام ١٩٧٥، وسوف نقتصر على بيان موقف التشريع الأمريكي والتشريع الفرنسي، كأبرز التشريعات التي أباحت الإجهاض.

أما دولة بلجيكا فقد أباحت الإجهاض متى تمّ قبل مرور ١٢ أسبوعاً من الحمل، ووفقاً لشروط معينة. ومن ثم قضى القضاء البلجيكي بتاريخ ٧ فبراير لعام ٢٠٠٦م، بتبرئة المتهمين في واقعة تتعلق بقيام ثلاثة أطباء بلجيكيين بإجهاض طفلة عمرها ١٤ سنة، دون احترام مهلة الستة أيام بين أول استشارة طبية وممارسة

---

1) Alvarez-Lajonchere C. Commentary on abortion law and practice in Cuba. International Journal of Gynecology and Obstetrics 1989; p3.

2) The Swedish Abortion Act . Ministry of Health and Social Affairs, Sweden, 1995.

الإجهاض، ذلك لأنهم في حالة احترامهم لتلك المدة، لكان الإجهاض تعدى مهلة ١٢ أسبوعاً المسموح بهم لوقف الحمل بطريقة قانونية خلالهم.(١)

وفي أيرلندا أنشأت وكالة أزمات الحمل" CPA" بالقرار رقم ٤٤٦ عام ٢٠٠١، والتي تضمنت المادة الرابعة من القرار الصادر بإنشائها، التعرض لأهداف تلك الوكالة والتي تتلخص في إعداد استراتيجية لتناول موضوع أزمات الحمل، والعمل على تقديم المشوره وخدمات منع الحمل، وكذلك العمل على انخفاظ عدد النساء اللذين يعانون من أزمات الحمل ويختارون الإجهاض. فتعمل الوكالة على تقديم الخدمات والمشورة الطبية التي تجعل الخيارات الأخرى أكثر جاذبية وملاءمة لتجنب لجؤهن إلى إجراءعمليات الإجهاض.(٢)

وفي فرنسا تمّ تعديل السياسة الجنائية في مواد الحمل والإجهاض، حيث تم إلغاء النصوص التي كانت تعاقب على الدعاية لصالح حبوب منع الحمل أو تشجيع الإنهاء الإرادي للحمل. كما أدخلت نصوص تجرم إعاقة ممارسة إنهاء الحمل اختيارياً، بل وأصبحت عمليات العقم جائزة طبياً. وأصبحت الأدوية التي تؤدي إلى العقم مسموحاً بتداولها قانوناً.

ومن بين التشريعات التي كان لفكرة الإجهاض.الصدى الأقوي فيها التشريع الأمريكي وكذلك التشريع الفرنسي،وهما ما

---

[1]) Stéphanie Villers. "L'avortement et la justice, une répression illusoire?. discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique (1918-1940)". Opcit, p 9.

[2]) Crisis Pregnancy Agency (Establishment) Order 2001; S. I. No. 446 of 2001, amended by the CPA; (Establishment) Order 2001 (Amendment) Order 2007, S. I. No. 175 of 2007. (National Women's Council Ireland, 2005).

نتعرض لبيان تاريخ الإجهاض في كليهما بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالي:- (١)

الفرع الأول
موقف التشريع الأمريكي من الإجهاض(٢)

نود أن نشير بداية أن الإجهاض في الولايات المتحدة الأمريكية يعد إجراء شرعياً في معظم الولايات وذلك منذ عام ١٩٧٣ ، حيث كان الإجهاض قبل ذلك الوقت غير مشروع وغير قانوني في أكثر من ثلاثين ولاية، وذلك تأثراً بالقانون العام الإنجليزي منذ أن كانت الولايات المتحدة الأمريكية أحد المستعمرات التابعة لبريطانيا، فقد كان القانون العام الإنجليزي يعتبر الإجهاض جريمة معاقباً عليها مع تشديد تلك العقوبة، إذا وصل الجنين إلى مرحلة الحركة.(٣)

ففي عام ١٨٢٠سعت بعض الولايات إلى وضع تشريعات تخفف من

---

[1]) Marine Driessen, Jérémie Belghiti, Yaël Blumental: "Gynécologie-Obstétrique". De Boeck Secundair, 2008. P. 121.

- See too: Colin Francome: "Abortion in the USA and the UK", Ashgate Publishing, Ltd., 2004.

٢) موسوعة ويكيبيديا، راجع موقع النت ادناه،

http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_United_State .

٣) في عام ١٥٥٦ كانت انجلترا تعاقب على قتل الأطفال حديثي الولادة بالإعدام، وفي عام ١٧٩١ جعل قانون العقوبات الإنجليزي عقوبة قتل الجنين يتساوى مع القتل العمد في العقوبة.

- Pour plus; Rachel Ginnis Fuchs: "Poor and Pregnant in Paris. Strategies for Survival in the Nineteenth Century". Rutgers University Press, 1992. P, 30.

أحكام الإجهاض. وكان أول تلك الولايات هي ولاية "Connecticut" والتي عاقبت على الإجهاض متى وصل الجنين إلى مرحلة الحركة، واعتباره غير معاقب عليه إذا تم الإجهاض قبل تلك المرحلة.

وفي عام ١٨٢٨ بدأت ولاية "نيويورك" في وضع قانون خاص بالإجهاض، والذي بمقتضاه جعلت الإجهاض في حالة وصول الجنين إلى مرحلة الحركة جناية، بينما اعتبرته من قبيل الجنح قبل وصول الجنين لتلك المرحلة. وفي عام ١٨٦٠ تسارعت الحركات الفكرية التي تناشد بتجريم الإجهاض. وبحلول عام ١٩٠٠ انتشرت عمليات الإجهاض غير القانوني إلى حد كبير في معظم الولايات. واتجهت ولايات أخرى إلى وضع أحكام وإجراءات تبيح الإجهاض في ظروف معينة، وذلك من أجل حماية المرأة والحمل بسبب تعرضها لاغتصاب أو زنا المحارم. وفي عام ١٩٣٠ كاد الأطباء المرخص لهم بالإجهاض أن يصلوا إلى ثماني مائة ألف عملية إجهاض في السنة، وعلى الرغم من ذلك فكان الإجهاض غير القانوني يعد إجهاضاً غير آمن في كثير من الأحيان، بل كان يؤدي غالباً إلى الوفاة. وهو ما حدث بالفعل في عام ١٩٦٤ في حالة السيدة " Gerri Santoro" في ولاية " Connecticut "

وفي عام ١٩٧٠ أصدرت ولاية "نيويورك" قانوناً جديداً يتماثل مع قوانين ولاية ألاسكا وهاواي وواشنطن، بحيث يسمح هذا القانون بالإجهاض لحماية حياة المرأة وصحتها، وذلك من أجل الحد من لجؤ المرأة الراغبة في الإجهاض من التوجه إلى الولايات التي يكون الإجهاض فيها قانونياً. وأكدت المحكمة الدستورية العيا في حكمها الصادر في عام ١٩٧١ بأن مفهوم صحة المرأة يشتمل على صحتها

النفسية وكذلك الجسدية.([1])

وبحلول عام ١٩٧٢ أصبحت أكثر من ثلاثة عشر ولاية تبيح الإجهاض في حالة تعريض حياة الحامل للخطر، أو كان الحمل يضر بالصحة النفسية أو الجسدية لها، وكذلك في حالة إذا كان الحمل ناشئاً عن جريمة اغتصاب أو زنا محارم. كما أن ولاية نيويورك أباحت الإجهاض بناء على طلب المرأة الحامل، متى تم ذلك وفقاً لشروط وإجراءات معينة.

وفي عام ١٩٧٣ كان الحكم ذو الصدى الأكبر في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية "رو ضد ويد"، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في " قيام سيدة تدعى " جان رو" والتي كانت تقيم في ولاية تكساس الأمريكية، برفع دعوى أمام المحكمة العلّيا الأمريكية ضد قانون الإجهاض في ولاية تكساس، والذي كان يمنع الإجهاض ويجرمه باستثناء حالة إنقاذ حياة الأم. طالبت السيدة " جان رو" بإلغاء هذا القانون لمخالفته للدستور، وتمكين المرأة الحامل من إنهاء حملها بناء على طلبها، وذلك لأن عدم تمكينها من هذا الحق يعد انتهاكاً لحقها في الخصوصية الشخصية والذي تضمنه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، والذي يؤكد على الحق في الخصوصية. وقررت المحكمة أن هذا التعديل كاف لأن يسمح للمرأة باتخاذ قرار إنهاء حملها بنفسها، ومع ذلك جعلت المحكمة الإجهاض مشروطاً ببعض الإجراءات، والتي تتمثل في أن للمرأة الحق المطلق في تقرير إنهاء حملها وذلك دون تدخل تعسفي من الدولة، بشرط أن يتم الإجهاض على يد طبيب مختص ومرخص له بذلك، وأن يتم ذلك قبل نهاية الثلاثة أشهر الأولى من الحمل. أما بعد فوات مدة الثلاثة أشهر،

---

[1]) Supreme Court of the United State, "United States v. Vuitch", 402 U.S.62,1971.

فيكون المجتمع مصلحة أساسية ومباشرة في حماية الأم الحامل، وللدولة أن تنظم الإجهاض وفقاً للشكل الذي يضمن سلامة المرأة الحامل. فضلاً عن أنه منذ بداية الشهر السابع وحتى نهاية الحمل، يكون للدولة مصلحة أساسية في أن تتدخل لحماية الجنين، ولها أن تمنع هذا الإجهاض باستثناء حالة تعريض حياة الأم للخطر، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الجنين في هذه المرحلة يكون قد وصل إلى مرحلة القابلية للحياة، بل إنه يستطيع العيش متى انفصل عن أمه في أغلب الأحيان، ومن ثم تهدف الدولة إلى حماية حياة الأم من الإجهاض الذي يشكل خطراً كبيراً على صحتها وحفاظاً على حياة الجنين. وبنت المحكمة حكمها على أساس الحق في الخصوصية والحرية الشخصية، ذلك لأنه ليس من العدل أن يعترف بهذا الحق في بعض الحالات كالزواج والعلاقات الجنسية والأسرية والعائلية والحمل والإنجاب، وعدم الاعتراف به في حالة رغبة الحامل في إنهاء حملها".(١)

وقد أثار حكم المحكمة العليا جدلاً كبيراً، خاصة من جانب المعارضين للإجهاض والذين ينادون بحق الحياة للجنين الذي لم يولد بعد.(٢) ومع ذلك وبالرغم من الانتقادات الكثيرة التي وجهت إلى هذا الحكم، إلا أن المحكمة الدستورية العليا ظلت متمسكة بما قررته في تلك القضية، وتطبيقه على قضايا عدة في ولايات مختلفة.

وأصدرت المحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك عام ١٩٩٢، حكمها في قضية " Casey " والتي رأت ضرورة

---

1) Supreme Court ofi the United States, " Roe v. Wade". 410 U.S. 113. 314 F.Supp. 1217, affirmed in part and reveresd in part. 1973.

2) Lauren R. Sass: Abortion, freedom of choice and the right to life, Fact on life. Op.cit. P 3.

التخلي عن القيد المتعلق بمدة الثلاثة أشهر، والقول بأن هذا القيد لا محل له، مع تأكيد المحكمة على حق المرأة في الخصوصية والمستمد من التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي. ومع ذلك اشترطت المحكمة ضرورة موافقة الزوج على هذا الإجراء إذا كانت المرأة متزوجة. أما إذا كانت قاصرا فيتعين إعلام والديها قبل إتمام هذا الإجراء، مع جواز الإعفاء من موافقة الزوج أو إعلام الوالدين في حالة استنتاج الطبيب أن الظروف الطبية للمرأة الحامل تستلزم الإجهاض الفوري لحملها، وذلك لعدم تعريض حياتها للخطر، كأن يكون السبب ضعفها الجسماني.(١)

وفي عام ٢٠٠٣ ظهر قانون "إجهاض الميلاد الجزئي"، والذي تنص المادة ١٥٣١ منه على أن "أي طبيب يقوم- عن علم- بإجراء إجهاض الميلاد الجزئي، وبالتالي يقتل الجنين البشري، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عامين، أو بالغرامة، أو بكليهما معا"(٢). وأكدت المحكمة الدستورية العليا دستورية هذا القانون، وذلك في

---

[1]) Supreme Court of the United States," Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey", 505 U.S. 833, Nos. 91-744, 91-902 Argued: April 22, 1992 --- Decided: June 29, 1992.

[2]) U.S. Code. Article (1531), subsection (a) " Any physician who, in or affecting interstate of foreign

Commerce knowingly performs a partial- birth abortion and thereby kills a human fetus shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both. This subsection does not apply to a partial birth abortion that is necessary to save the life of a mother whose life is endangered by a physical disorder, physical illness, or physical injury, including a life- endangering physical condition caused by or arising from the pregnancy itself. This subsection takes effect 1 day after the enactment".

(١) "Gonzales, Attorney General v. Carhart (2007)" قضية

ودخل الإجهاض ضمن برامج العمل في الانتخابات الرئاسية في عام ٢٠٠٨، فكان لكل من الحزبين الرئاسيين موقفاً متعارضاً فيما يتعلق بالإجهاض، حيث اتجه الحزب الديمقراطي إلى تأييد ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في قضية "رو ضد ويد"، والتأكيد على أن للمرأة الحامل الحق في إنهاء واختيار الإجهاض الآمن القانوني. ويرى أنصار الحزب الديمقراطي أن الرعاية الصحية والتعليم يساعدان في التقليل من عدد حالات الحمل غير المرغوب فيه، ومن ثم التقليل من اللجؤ إلى إلى عمليات الإجهاض. فيهدف الحزب الديمقراطي إلى جعل الإجهاض أكثر ندرة وليس أكثر خطورة.(٢)

أما الحزب الجمهوري، فإنه يؤكد على الحق في الكرامة الإنسانية وقدسية الحياة البشرية. ويرى أن الجنين يملك حق الفرد في الحياة الأساسية، والتي لا يجوز المساس بها أو التعدي عليه، فالدستور كفل حق الإنسان في الحياة. بل إن أنصار هذا الحزب يطالبون بوضع تشريع، يفسر أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ينطبق على الأطفال اللذين لم يولدوا بعد، وذلك من أجل الحصول على الحماية التشريعية والقضائية لهذا الحق.

خلاصة ذلك فالتشريع الأمريكي يجعل من فعل الإجهاض أمراً مباحاً، وحرية خاصة بين المرأة والطبيب المختص، متى تم ذلك وفقاً لشروط وإجراءات معينة، ومازال الأمر محل خلاف حتى وقتنا هذا.

---

1) Supreme Court of the United States, "Gonzales, Attorney General v. Carhart", No. 05–380. Argued November 8, 2006—Decided April 18, 2007.

٢) موسوعة ويكيبيديا، راجع موقع النت

http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_United_States

وعلى الرغم من ذلك فقد تم التصديق بتاريخ ١ إبريل ٢٠٠٤ على قانون "حماية الطفل غير المولود" (Protection of unborn children)، والذي تضمن عقاب من يتسبب في وفاة أو إصابة الجنين وهو داخل الرحم، سواء كان هذا الشخص عالماً وقت ارتكاب الاعتداء بأن المجني عليها كانت حاملاً، أو كان ينبغي أن يكون لديه علم بذلك. ويعاقب هذا الشخص وفقاً للنصوص التي تعاقب على القتل العمد أو الشروع في قتل إنسان، وفقاً للمادة ١٨٤١من قانون الولايات المتحدة الأمريكية.

ويستثنى من ذلك الإجهاض بناء على موافقة المرأة الحامل، أو موافقة الشخص المفوض قانونا بالتصرف بالنيابة عنها. كذلك يخرج من نطاق أحكام هذه المادة الشخص الذي يقوم بالعلاج الطبي للمرأة الحامل، أو طفلها غير الموجود، أو الإجراء الذي تقوم به المرأة فيما يتعلق بطفلها الذي لم يولد بعد. وأوضحت هذه المادة أن مصطلح الطفل غير المولود يقصد به الطفل في الرحم، باعتباره فرداً من الجنس البشري، وذلك في أي مرحلة من مراحل نموه في الرحم.(١)

---

[1]) U.S Code. Article 1841. Protection of unborn children. " (a) (1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section.

(2)(A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child's mother. ==

وأعرب مؤيدو الإجهاض عن قلقهم بخصوص هذا القانون. فإذا كان هذا القانون يهدف في الأساس إلى حماية الأجنة ضد العنف، إلا أنه يتعارض مع ما انتهت إليه قضية "رو ضد ويد"، والتي استندت إلى التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي. ولم تكن تعترف بحق الجنين

= = (B) An offense under this section does not require proof that:-

(i) the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or (ii) the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child.

(C) If the person engaging in the conduct thereby intentionally kills or attempts to kill the unborn child, that person shall instead of being punished under subparagraph (A), be punished as provided under sections 1111, 1112, and 1113 of this title for intentionally killing or attempting to kill a human being.

(D) Notwithstanding any other provision of law, the death penalty shall not be imposed for an offense under this section.

(c) Nothing in this section shall be construed to permit the prosecution:-

(1) of any person for conduct relating to an abortion for which the consent of the pregnant woman, or a person authorized by law to act on her behalf, has been obtained or for which such consent is implied by law;(2) of any person for any medical treatment of the pregnant woman or her unborn child; or(3) of any woman with respect to her unborn child.

(d) As used in this section, the term "unborn child" means a child in utero, and the term "child in utero" or "child, who is in utero" means a member of the species homo sapiens, at any stage of development. who is carried in the womb.

في الحياة باعتباره لم يصبح إنساناً، وإلا لما تم إباحة الإجهاض، فضلاً عن قلقهم فيما يتعلق بمساس هذا القانون بحق المرأة الحامل في إنهاء حملها.

ونحن لا ندرك ما هي وجهة نظر المشرع الأمريكي في تعدد القوانين، فتارة يجرم الاعتداء على الجنين ضد العنف تحت بند حماية الطفل غير المولود. وهو ما يخضع في تصورنا لصورة إجهاض الغير للحامل دون رضاها، وتارة أخرى يبيح الإجهاض تحت بند إجهاض الميلاد الجزئي، وذلك متى تم وفقاً لشروط وضوابط معينة. وهو ما أدى غلى وجود اختلافات فقهية وقضائية، فمن الأفضل أن ينص على قانون تحت بند الإجهاض، وأن يتضمن هذا القانون تجريم صور الاعتداء على الجنين غير المولود، ومع ذلك ينص على إمكانية الإجهاض متى تم ذلك وفقاً لشروط واجراءات قانونية تحددها الدولة.

الفرع الثاني
موقف التشريع الفرنسي من الإجهاض

تمهيد:-

لم يختلف موقف التشريع الفرنسي كثيراً عما انتهجه المشرع الأمريكي، واستناده إلى حق المرأة في الخصوصية والحرية الشخصية. فالمشرع الفرنسي نص صراحة على إباحة الإجهاض، متى تم ذلك قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، بشرط أن يتم على أيدي متخصصين في مستشفى أو مراكز طبية متخصصة. ولا يلتزم بهذه المدة إذا كان الجنين مشوهاً أو مصاباً بمرض خطير، حيث أجاز الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل. بل إن المشرع الفرنسي استبدل كلمة الإجهاض من قوانينه بتعبير الإنهاء الإرادي للحمل، وهو ما يعد خير دليل على أن للمرأة الحرية الكاملة في إنهاء حملها

متى تم ذلك وفقاً لضوابط وشروط معينة.

نلاحظ أن المشرع الفرنسي اتخذ موقفاً وسطاً فيما يتعلق بأحكام الإجهاض، وذلك لأنه أورد نصوصاً تتعلق بالعقاب على الإجهاض تحت بند "الإجهاض المعاقب عليه". إلى جانب ذلك أورد أيضاً نصوصاً أخرى تبيح الإجهاض متى تم في ظل ظروف معينةس وذلك تحت بند "الإجهاض غير المعاقب عليه".

أولاً: الإجهاض المعاقب عليه قانوناً.

ورد النص على الانهاء غير القانوني للحمل في قانون العقوبات الفرنسي تحت بند "الإجهاض المعاقب عليه قانونا"، حيث نص في مادته (٢٢٣- ١٠) عقوبات فرنسي على أن" يعاقب على قطع الحمل بدون موافقة الشخص المعني (المرأة الحامل) بالحبس الذي لا يزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ٧٥ ألف يورو".(١)

كما نصت المادة (٢٢٢٢- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بقرار بقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في يونيه ٢٠٠٠، تحت بند "إنهاء الحمل غير القانوني (Interruption illégale de grossesse) على أن" إنهاء الحمل من قِبل الغير، يعاقب بالسجن مدة سنتين وغرامة قدرها ٣٠ ألف يورو إذا تمّ - عن علم- في أحد الظروف الآتية:-

١) بعد انقضاء المدة التي يسمح به القانون، ما لم يتم ذلك لأسباب طبية.

---

1) Code pénal. (De l'interruption illégale de la grossesse). Article 223-10," L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende". (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002).

٢) إذا قام به شخص لا يتمتع بصفة الطبيب.

٣) داخل مكان آخر غير المستشفى العام، أو المستشفى الخاص المستوفية للشروط التي ينص عليها القانون، أو خارج إطار الاتفاق المنصوص عليه في المادة (٢٢١٢- ٢). وفي حالة اعتياد الجاني على ممارسة هذا الفعل، يعاقب بالشروع على إنهاء الغير للحمل عمداً بنفس العقوبات المنصوص عليها في هذا المادة(أي يأخذ نفس عقوبة إنهاء الغير للحمل بطريق العمد)".(١)

ومن ثم ميز المشرع الفرنسي بين حالتين فيما يتعلق بصور إجهاض الغير للحامل، حيث عاقب على إسقاط الغير للحامل دون رضاها وفقاً لقانون العقوبات الفرنسي. كما عاقب على إسقاط

---

[1]) Code de la santé publique. (Chapitre II : Interruption illégale de grossesse). Article L2222-2, "L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :

1- Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical;

2- Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin;

3-Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.(Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 14 JORF 7 juillet 2001).

الغير للحامل في أي حالة - أي ولو كان برضاء الحامل- متى تم ذلك دون مراعاة الشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث إن مخالفة هذه الشروط تجعل من الإجهاض عملاً غير مباح. وذلك كما نصت المادة (٢٢٢٢- ٣) من قانون الصحة العامة على "عقاب من يقوم بتنفيذ عملية الإجهاض وقت التشخيص السابق على الولادة، دون التمثل بالشروط التي ينص عليها القانون، بالسجن سنتين وبغرامة قدرها ٣٠ ألف يورو".(١)

كما تضمنت المادة (٢٢٢٢- ٤) من قانون الصحة العامة الفرنسي أن" يعاقب من يقوم بإعطاء الحامل الوسائل المادية اللازمة لتنفيذ عملية إجهاض نفسها بالسجن لمدة ثلاث سنوات وبغرامة ٤٥ ألف يورو. وتزداد هذه العقوبة في حالة الاعتياد على ارتكاب هذه الجريمة إلى السجن لمدة خمس سنوات وبغرامة ٧٥ ألف يورو. ولا يتساوى مع هذا الفعل صرف أو وصف أدوية مصرح بها لغرض الإجهاض".(٢)

---

[1]) Code de la santé publique. (Chapitre II : Interruption illégale de grossesse). Article L2222-3 "Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende". (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2003 en vigueur le 1er janvier 2002).

[2]) Code de la santé publique. (Chapitre II : Interruption illégale de grossesse). Article L2222-4 " Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière ==

ثانياً: الإجهاض غير المعاقب عليه في القانون الفرنسي.

نتيجة لتأثر المشرع الفرنسي بالحركات التي نادت بإباحة الإجهاض، وإعطاء المرأة الحق في ممارسته والتخلص من حملها غير المرغوب فيه، فقد ظهر أول قانون في فرنسا يبيح الإجهاض وفقاً لشروط وإجراءات معينة. وهو ما أطلق عليه مسمى قانون "Veil"، والذي صدر في عام ١٩٧٥ وتم إقراره وتطبيقه بالفعل في عام ١٩٧٩ .([1])

ويرد معارضو الإجهاض، بأن هذا القانون يتعارض مع ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي نصت في مادتها الثانية على أن"يحمي القانون حق كل إنسان في الحياة". وأراد المجلس الدستوري الفرنسي أن يحسم الأمر، فقضى بأن هذا القانون لا يتعارض مع الدستور؛ ذلك لأن القانون لا يتضمن مساساً باحترام الكائن الإنساني منذ بداية حياته. كما أن هذا القانون لا يتعارض مع مبدأ الحرية المنصوص عليه في المادة الثانية من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩ . كما أن الجنين في مراحل تخلقه الأولى لا يتمتع الحماية المطلقة فيما يتعلق بحقه في الحياة، حيث إنه لم يصبح شخصاً طبيعياً. فقانون Veil يحترم حق كل كائن حي في الحياة منذ لحظة ميلاده وليس منذ لحظة

= = habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte. La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit susmentionné".(Créé par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 15 JORF 7 juillet 2001).

[1]) أطلق على هذا القانون اسم veil نسبة إلى وزيرة الصحة في ذلك الوقت، هذا القانون تضمن حق المرأة في إنهاء حملها بإرادتها المنفردة، وذلك خلال العشرة أسابيع الأولى من الحمل، إلا ان هذه المدة عدلت لتصبح اثنى عشر اسبوعاً.

تكوينه.(١)

واتجه معارضو قانون Veil إلى أن أفعال إنهاء الحمل تشكل تعذيباً على جسم المرأة الحامل وعلى جنينها. وترد محكمة النقض الفرنسية على هذا القول بأن "أفعال إنهاء الحمل الإرادي لا تشكل تعذيباً في مفهوم المادة ٣ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ومن ثم لا تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية".(٢)

وكانت محكمة النقض الفرنسية قد رفضت أن تطبق على الطفل قبل ولادته وصف القتل الخطأ، وهذا الحكم قد لاقي معارضة شديدة من الفقه الجنائي الفرنسي، حيث اتجه إلى اعتبار أن الحماية في القتل الخطأ تشمل الكائن الحي، حتى ولو لم تتوافر له الشخصية القانونية. ومن ثم فإن هذه الحماية تبدأ من وقت بدء الحياة أي من وقت اكتساب صفة الجنين، والقول بغير ذلك يعد غير مرضٍ من الناحية الأخلاقية أو العملية. فقانون العقوبات لا يقتصر على الإنسان، بل ينطبق على كل مخلوق إنساني حتى ولو كان قبل ميلاده. وقد قرر المجلس الفرنسي أن حماية الكائن الحي منذ بدء الحياة ليس معناه ضرورة توافر جزاءات جنائية على مخالفة ذلك، ومن ثم لا تفرض أي جزاءات على الاعتداء على الجنين قبل ميلاده(٣). وكانت المحكمة الأوروبية قد قررت أن الاتفاقية تترك

---

١) د. شريف يوسف حلمي خاطر، المرجع السابق، ص ٦٦، ٦٧.

2) Cass. Crim. 5 mai 1997.

3)Cons. const. 15 janvier 1975, décis. n° 74-54, Grands arrêts, L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 12e éd., p. 299. Dans sa récente décision Vo c/ France du 8 juillet 2004, la CEDH vient de prendre la même position en décidant que l'obligation positive des Etats en ce domaine n'exigeait pas un recours de nature pénale, dès lors surtout qu'une possibilité de réparation du dommage sous forme de ==

للدول الأطرف المتعاقدة هامشاً للحرية، بحيث لا يفرض عليها تجريم الإجهاض.(١)

ويرد رأي في الفقه الفرنسي أن اعتبار الجنين إنساناً يستحق الحماية لا يصلح في حالة الإجهاض العمدي للحمل، حيث إن التسليم بأن الجنين إنسان يعني أن الإجهاض يتضمن جريمة أخرى

= = dommages-intérêts est accordé par le droit positif , D. 2004, p. 2456, note J. Pradel. ; JCP 2004, II, 10158, note M. Levinet ; RJPF septembre 2004, p. 25, note N. Fricéro ; Dr. famille octobre 2004, p. 43, note P. Murat ; RTD civ. 2004, p. 714, obs. J. Hauser, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; E. Severin, Réparer ou punir ? L'interruption accidentielle de grossesse devant la Cour EDH, D. 2004, chron. p. 2801.

1)- F. Sudre, Lès incertitudes du juge européen face au droit à la vie, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 377. L'arrêt *Vo* du 8 juillet 2004, préc. note 12, ne modifie pas les données du problème puisqu'il continue de considérer qu'en raison de l'absence de consensus européen, le point de départ du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention relève de l'appréciation des Etats. En ce sens, cet arrêt paraît en retrait sur de précédentes décisions qui donnaient à penser qu'un droit à la vie « relatif » pouvait être reconnu à l'enfant à naître, sauf à céder devant les droits supérieurs de la femme, CEDH 5 septembre 2002, *Bosso*, RTD civ. 2003, p. 371. J.-P. Marguénaud. On a pu cependant s'étonner qu'une telle question, dépendant de données scientifiques objectives, puisse faire l'objet d'une appréciation relative selon les Etats, J. Pradel, D. 2004, p. 2456, préc. De ce point de vue, on regrettera que la Chambre criminelle, dasn son arrêt du 4 mai 2004, préc. note 5, ait abandonné toute référence au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

غير جريمة القتل العمد وهذا لم يقل به أحد. ومع ذلك فيوجد تعارض في التجريم عندما يخطأ الطبيب ويسبب أضرارا للجنين فيولد الجنين مثلا معاقا، ففي هذه الحالة يعد الطبيب مرتكبا لجريمة إصابة خطأ. أما إذا مات قبل ميلاده فلا يوجد جريمة إجهاض لعدم توافر القصد الجنائي، وينادي هذا الرأي بضرورة وجود نصوص خاصة تحمي حالة تعرض الجنين لإصابة خطأ ناتجة عن فعل الطبيب، مع ضرورة إيجاد نصوص خاصة تحكم الإجهاض غير العمدي.(١)

وأوجد المشرع الفرنسي نوعين من الإجهاض المرخص به بموجب قانون Veil، يتمثل الأول في إباحة الإجهاض بسبب حالة الضيق أو الإصابة بالأمراض النفسية، من جراء حمل غير مرغوب فيه. أما النوع الثاني فإنه يتمثل في إباحة الإجهاض العلاجي، حيث جاء نص المادة (٢٢١٢- ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي بأن" المرأة الحامل التي يتسبب حملها بإصابتها باكتئاب نفسي شديد، لها أن تطلب من الطبيب إنهاء حملها، مع عدم جواز هذا الإنهاء إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل".(٢)

---

1) Jean Mouly, "Du prétendu homicide de l'enfant à naître.Défense et illustration de la position de la Cour de cassation", Revue de science criminelle 2005 p. 47.

2) Code de la santé publique. "Chapitre II: Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse". Article L2212-1" La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse". (Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001).

بناء على ذلك للمرأة الحامل الراغبة في التخلص من حملها غير المرغوب فيه، أن تقوم بإجراء عملية الإجهاض إذا كان الحمل يسبب لها حالة ضيق وإصابتها باكتئاب نفسي شديد. وذلك بشرط أن يتم ذلك قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، ووفقاً للشروط الموضوعية والشكلية التي ينص عليها القانون.

(أ) **الشروط الموضوعية لإجراء إنهاء الحمل الإرادي:**

١- **يشترط أن يتم الإجهاض قبل انقضاء الأسبوع الثاني عشر من الحمل:** وعلى ذلك إذا تم إنهاء الحمل بعد مضي هذه المدة. فإن الإجهاض يكون معاقباً عليه قانوناً بالحبس سنتين وبغرامة ٣٠ ألف يورو، مع تشديد العقوبة في حالة الاعتياد على ممارسة هذا الفعل إلى السجن خمس سنوات وبغرامة ٧٥ ألف يورو. ويعاقب بنفس العقوبات في حالة الشروع في ارتكابه، وفقاً للمادة(٢٢٢٢- ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

٢- **أن يقوم بالإجهاض طبيب متخصص:** يشترط أن يتم الإجهاض الإرادي على يد طبيب. ويدخل في حكم الطبيب من يرخص له بذلك من الممرضات أو القابلة أو مساعدي الطبيب.[1]

٣- **أن يتم الإجهاض داخل مستشفى عام، أو مستشفى خاص مرخص لها بذلك:** حيث اشترطت المادة (٢٢١٢- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي، ضرورة أن يتم الإنهاء الإرادي للحمل داخل مستشفى عام أو خاص، أو وفقاً للاتفاق المبرم بين الطبيب المختص وإحدى المستشفيات، وذلك طبقاً للشرط المحددة في المرسوم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي.[2]

---

[1]) د. شريف حلمي خاطر، المرجع السابق، ص ٩٢ .

[2]) Code de la santé publique. "Chapitre II : Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse". Article L2212-2, " L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement de santé, public ou privé, ou dans le cadre d'une convention conclue = =

بناء على ذلك إذا تم إجراء عملية الإنهاء الإرادي للحمل خارج الأماكن المنصوص عليها بالمادة (٢٢١٢- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي، يعد الإجهاض في هذه الحالة غير قانوني، ومن ثم يخضع مرتكبه لأحكام المادة (٢٢٢٢- ١) من نفس القانون، ومع ذلك فمن حق المستشفى الخاص أن ترفض إجراء الإجهاض وفقا لما نصت عليه المادة (٢٢١٢- ٨) من قانون الصحة العامة، إلا أنه إذا كانت المستشفى الخاص تساهم في تنفيذ مهمة مرفق عام طبي، أو في حالة إبرامها عقد امتياز طبقا للأحكام الواردة في المواد (٦١٦١- ١) إلى (٦١٦١- ٩) من قانون الصحة العامة، ففي حالة رفضها إجراء الإجهاض فلا يكون ذلك مقبولاً، إلا إذا كان هناك مستشفيات أخرى سوف تتولى القيام بهذه المهمة. وتحديد المستشفيات العامة التي تتولى إجراء الإنهاء الإرادي للحمل، يتم بواسطة مرسوم يصدر بقرار من مجلس الدولة.([1])

= = entre le praticien ou un centre de planification ou d'éducation familiale ou un centre de santé et un tel établissement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. (Modifié par LOI n°2007-1786 du 19 décembre 2007 - art. 71).

[1]) Code de la santé publique. " Chapitre II : Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse". Article L2212-8, "Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.

Toutefois ce refus ne peut être opposé par un établissement mentionné au 2° de l'article L. 6161-5 ou par un établissement ayant conclu un contrat de concession en application de l'article L. 6161-9 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires que si d'autres établissements sont en mesure de répondre

(أ) الشروط الشكلية لإجراء إنهاء العمل الإرادي:([1])

١- يجب على المرأة الحامل الراغبة في إنهاء حملها، أن تتوجه إلى طبيب متخصص في أمراض النساء والولادة، وتعبر عن رغبتها في إنهاء حلمها كتابة.([2])

٢- يجب على الطبيب القيام بالأعمال الآتية في الزيارة الأولى، وفقاً لنص المادة(٢٢١٣- ٣) من قانون الصحة العامة الفرنسي:([3])

= = aux besoins locaux.

Les catégories d'établissements publics qui sont tenus de disposer des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de la grossesse sont fixées par décret". (Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 1).

[1])Marine Driessen, Jérémie Belghiti, Yaël Blumental: "Gynécologie-Obstétrique". ibid, p. 152.

[2]) Code de la santé publique. " Interruption pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse". Article L2212-5; "Si la femme renouvelle, après les consultations prévues aux articles L. 2212-3 et L. 2212-4, sa demande d'interruption de grossesse, le médecin doit lui demander une confirmation écrite ; il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé. Cette confirmation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai de deux jours suivant l'entretien prévu à l'article L. 2212-4, ce délai pouvant être inclus dans celui d'une semaine prévu ci-dessus". (Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001).

[3]) Code de la santé publique. Article L2212-3 " Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite, informer celle-ci des méthodes médicales et = =

أ) يقوم بفحص المرأة الحامل والتأكد من وجود الحمل وعمره.

ب) إخطار المرأة الحامل بالمخاطر المترتبة على الإجهاض وتهديدها لأمومتها في المستقبل.

ج) على الطبيب أن يسلم المرأة دوسيهاً مرشداً، يتضمن نصوص المواد (٢٢١٢- ١) و(٢٢١٢- ٢)، ويتضمن بياناً بالمساعدات المالية والاجتماعية التي نص عليها القانون في حالة الولادة، وقائمة بأسماء وعناوين الهيئات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة قبل اختيار إنهاء الحمل، وقائمة بأسماء وعناوين المستشفيات التي يتم فيها الإنهاء الاختياري للحمل.

٣- يجب على المرأة الحامل أن تذهب بعد ذلك إلى هيئة استشارية- وهي عبارة عن مركز تخطيط عائلي أو أي هيئة أخرى مصرح بها قانوناً- وعلى هذه الهيئة أن تقدم للمرأة الحامل العون والنصيحة من واقع ظروفها.

٤- بعد حصول المرأة على المعونة الاجتماعية من قبل الهيئات المختصة بذلك، تمنح فترة أسبوع للتفكير. فإذا أصرت على إنهاء حملها، يجب عليها أن تتوجه إلى طبيبها الذي سبق واستشارته وتعبر

= = chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels.

Il doit lui remettre un dossier-guide, mis à jour au moins une fois par an, comportant notamment le rappel des dispositions des articles L. 2212-1 et L. 2212-2, la liste et les adresses des organismes mentionnés à l'article L. 2212-4 et des établissements où sont effectuées des interruptions volontaires de la grossesse. Les agences régionales de santé assurent la réalisation et la diffusion des dossiers-guides destinés aux médecins. (Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7).

عن رغبتها المؤكدة في إنهاء حملها، ويجب على الطبيب أن يطلب منها كتابة إقرار بذلك، ويستلم الطبيب هذا الإقرار الكتابي من المرأة بعد مضي أسبوع من تاريخ زيارتها للهيئات الاستشارية المعاونة، باستثناء الحالة التي يخشى فيها من تجاوز مدة الإثنى عشر أسبوع المقررة في المادة (٢٢١٢- ١) من قانون الصحة العامة.

فضلاً عن ذلك يقع على عاتق المستشفى التي يتم فيها إنهاء الحمل، أن تقدم للمرأة المجهضة التعليمات التي تفيد في تنظيم حملها، بحيث تتجنبها في المستقبل، ولا تلجأ للإجهاض مرة أخرى وفقاً للمادة(٢٢١٢- ٩) من قانون الصحة العامة الفرنسي.(١)

كما يقع على عاتق الطبيب الذي أجرى عملية الإجهاض، أن يكتب تقريرا مفصلاً عن حالة المرأة والمبررات التي اقتنع بها لإنهاء الحمل، واسم المستشفى التي أجريت فيها العملية، ثم يقوم بإرسال هذا التقرير إلى مسئول الصحة المختص، وذلك دون ذكر اسم المرأة (٢١٢٢- ١٠).(٢)

---

1) Code de la santé publique. Article L2212-9; "Tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse doit assurer, après l'intervention, l'information de la femme en matière de régulation des naissances". (Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 1 JORF 7 juillet 2001).

2) Code de la santé publique. Article L2212-10 " Toute interruption de grossesse doit faire l'objet d'une déclaration établie par le médecin et adressée par l'établissement où elle est pratiquée au médecin de l'agence régionale de santé désigné par le directeur général de l'agence ; cette déclaration ne fait aucune mention de l'identité de la femme.(Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7).

ولم ينص المشرع الفرنسي على جزاء معين في حالة مخالفة الشروط الشكلية في قانونه الجديد، الأمر الذي يجعلنا نعود إلى القرار رقم (٦١٢- ٨٠) الصادر في أغسطس عام ١٩٨٠، والذي ينص على عقوبة الغرامة في حالة إهمال الإجراءات الشكلية، مع الحكم بإغلاق المؤسسة التي تقوم بإجراء هذه العمليات.

على الأكثر من ذلك، فقد أباح المشرع الفرنسي- بمقتضى قانون Veil- الإجهاض في أي وقت، ولو بعد مرور الأسبوع الثاني عشر من الحمل، متى استلزمه الضرورة الطبية، أو إذا كان استمرار الحمل يهدد صحة المرأة الحامل بخطر جسيم أو وجود احتمال قوي بأن الجنين مصاب بمرض خطير، حيث نصت المادة (٢٢١٣- ١) من قانون الصحة العامة على أن "يجوز إجراء الإنهاء الإرادي للحمل - في أي وقت- إذا شهد طبيبان بعد الفحص والمناقشة، أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة الحامل إلى خطر جسيم، أو يوجد احتمال قوي بأن الجنين مصاب بمرض خطير، وذلك لحظة التشخيص"، ويتم ذلك وفقاً للشروط الصادرة بمرسوم صادر من مجلس الدولة[1]

---

[1]) Code de la santé publique. "Chapitre III: Interruption de grossesse pratiquée pour motif medical". Article L2213-1, " L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme,

وفرق المشرع الفرنسي- في المادة (٢٢١٣- ١) من قانون الصحة العامة- بين حالتين: تتمثل الحالة الأولى في إباحة الإجهاض حفاظاً على صحة الأم، حيث نص على أنه إذا شهد فريق طبي لا يقل عن

---

l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse.

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe. (Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 25 . Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 26).

أربعة أشخاص، يكون من بينهم طبيب لأمراض النساء والولادة، وطبيب متخصص في حالة المرأة التي يتم الوصول إليها، فضلاً عن وجود أخصائي اجتماعي أو نفسي تختاره المرأة، على أن يكون ملتزما بالسرية المهنية، أن استمرار الحمل يعرض حياة الحامل إلى خطر جسيم. ولم يحدد المشرع الفرنسي ما هو المقصود بصحتها، ونحن نرى أن الصحة تشمل صحتها الجسدية وصحتها النفسية كإصابتها باكتئاب نفسي شديد قد يؤدي إلى رغبتها في الانتحار، وكذلك ما ينتج من أضرار جسمانية أو نفسية بالغة كما لو كان الحمل ناتجاً عن جريمة اغتصاب أو زنا محارم.

أما الحالة الثانية، فتتمثل في إباحة الإجهاض حرصاً على صحة الجنين، وذلك بشرط أن يوجد احتمال قوي بأن الجنين مصاب بمرض خطير لا يمكن شفاؤه، ولا يشترط أن يكون الجنين مصاباً بالفعل، بل يكفي أن يتوقع الفريق الطبي احتمال إصابة الجنين بالمرض في حالة استمرار الحمل أو بعد ولادته. ويقدم للمرأة الحامل بيان بحالتها وحالة جنينها، بأسبوع على الأقل قبل اتخاذ قرار إنهاء الحمل. وفي كلا الحالتين للمرأة الحامل أو الزوجين أن يستمعا لأحد أطباء الفريق الطبي المتخصص أو جميعهم، وذلك قبل اتخاذ قرار إنهاء الحمل.([1])

ولم يتوقف المشرع الفرنسي عند إباحة الإجهاض الإرادي، وإن كان مشروطاً بإجراءات وضوابط معينة، بل نص على جريمة "عرقلة الإنهاء القانوني للحمل" حيث نصت المادة (٢٢٢٣- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي على " معاقبة كل من يقوم بفعل ينطوي على عرقلة أو منع ممارسة الإنهاء الإرادي للحمل، أو الأعمال الأولية

---

[1]) Code de la santé publique. "Chapitre III: Interruption de grossesse pratiquée pour motif medical". Article L2213-1. Partie II, ibid.

المنصوص عليها في المواد (٢٢١٢- ١) (٢٢١٢- ٨) من قانون الصحة العامة الفرنسي، بالسجن سنتين، وبغرامة ٣٠ ألف يورو. سواء تم ذلك من خلال انتهاك حرم المؤسسات المنصوص عليها في المادة (٢٢١٢- ٢) أم عرقلة حركة الأشخاص داخل هذه المؤسسات. وإما من خلال ممارسة التهديد أو الضغط النفسي والمعنوي الترهيب، ضد الأفراد العاملين أو غير العاملين أو النساء اللاتي جئن لإسقاط حملهن".(1)

---

1) Code de la santé publique. "Chapitre III: Entrave à l'interruption légale de grossesse". Article L2223-2, " Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8 :
- soit en perturbant de quelque manière que ce soit l'accès aux établissements mentionnés à l'article L. 2212-2, la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux ;
- soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements, des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières". (Modifié par Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 - art. 17 JORF 7 juillet 2001).

المبحث الثاني
مذهب التجريم

تمهيد:-

بعد أن استعرضنا موقف الفقهاء والمفكرين، وحججهم في التمسك بتأييد إباحة الإجهاض. وتأثير موقفهم على المنظمات الدولية المدافعة عن حقوق المرأة وحرياتها، بل كان لموقفهم الصدى الأكبر في التأثير على موقف كثير من التشريعات فيما يتعلق بأحكام الإجهاض. غير أن الأمر لم يقف عند هذا الحد. بل مازال الخلاف قائماً بين مؤيدي ومعارضي الحق في الإجهاض. فمعارضو الإجهاض يدافعون عن حق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية، معتبرين أن الاعتداء عليه بإجهاضه يعد عملاً مؤثماً ولا يراعى فيه الدين ولا القانون. بل لا يجوز إباحته مطلقاً إلا في أضيق الحدود، وذلك متى كان الحمل يمثل خطراً على صحة الأم الحامل.

وقد لاقت دعوة معارضي الإجهاض ترحيباً من قبل الكنيسة والتيارات الدينية، حيث حددت الكنيسة موقفها في القرن الرابع الميلادي بقولها "يفرض على المرأة التي تقوم بعملية الإجهاض مدة عشر سنوات في التوبة، سواء أكان الجنين تاماً التكوين أم لم يكن"(1). وثبت موقفها في أواخر القرن السابع بقولها "إن النساء اللواتي يتعاطين عقاقير لإسقاط الجنين واللواتي يأخذن السموم لقتل الجنين، يقعن تحت قصاص القتلة". حيث جاء التأكيد على ذلك في الكتاب المقدس بقوله "لا سلطة للمرأة على جسدها"، وجاء أيضاً "أو ما تعلمون أن أجسادكم هيكل الروح القدس". فالجسد في

---

(1) "القانون الثاني من رسالة القديس باسيليوس الأولى إلى إمفيلوخيوس أسقف أيقونة"، منشور عبر موقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٣/١٣،

http://www.peregabriel.com/aveomaria/article.php?id=3598

مفهوم الكنيسة ليس من الأشياء التي يستعملها الإنسان كيفما يشاء، فهو وديعة إلاهية ومركز الحياة وليس للإنسان سلطان له على الحياة، بناء على ذلك فالكنيسة لا تقبل الإجهاض لأنه بمثابة قتل لآدمي في منظورها.(1)

وهذا ما يؤكد إجماع الشرائع السماوية على تحريم الإجهاض. وهو ما أكدت عليه آخر الشرائع السماوية وهي شريعتنا الإسلامية، فقال عز من قائل " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ"(2). وأجمع فقهاء الإسلام على أن قتل الجنين محرم حرمة تامة، لأنه اعتداء على نفس إنسانية بغير حق. ولا يجوز عندهم إلا لأعذار قوية، كما في حالة إنقاذ حياة الأم من خطر الموت، وهو ما نتعرض له في مبحث مستقل.

ويعد من بين التشريعات التي جرمت الإجهاض بصفة مطلقة التشريع المصري. ومن بين التشريعات التي جرمته باستثناء حالة الحفاظ على حياة المرأة الحامل التشريع الكويتي.أما التشريع السوري فقد جرّم الإجهاض بصورة مطلقة، مع استفادة المرأة من عذر مخفف في حالة إجهاض نفسها دفاعاً عن شرفها كما لو تعرضت لحالة اغتصاب.

وتمسك القائلون بتحريم الإجهاض بحجج تعتمد على حق الجنين في حياة مستقبلية خالية من المشاكل والعيوب. فضلاً عن حق المرأة في الإنجاب والذي تؤكد عليه معظم الدساتير والاتفاقيات الدولية. وهو ما نتعرض له من خلال بيان المطالب الأتية:-

المطلب الأول:ـ حق الجنين في الحياة.

المطلب الثاني:ـ حق المرأة في الإنجاب.

---

(1) راجع موقع النت السابق.

(2) سورة الأنعام، الأية رقم ١٥١ .

المطلب الأول
حق الجنين في حياة مستقبلية

تمهيد:-

يرى معارضو الإجهاض أن الحق في الحياة هو حق مقدس، تكفله جميع الشرائع والدساتير والمعاهدات الدولية. فالجنين عندهم يستحق الحياة منذ كونه نطفة، فبمجرد تلقيح البويضة في الرحم، يحاط الجنين بكامل الرعاية منذ لحظة التلقيح وليس منذ لحظة الولادة.(1)

ويرد مؤيدو الحق في الإجهاض أن الحياة الإنسانية تبدأ بالولادة، وليس لحظة التلقيح والتكوين داخل الرحم. فيرون أن الجنين لا يستحق الحماية إلا منذ لحظة ولادته. ونحن نرد على موقف المؤيدين بأن الجنين يستحق الحماية منذ ارتباط الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة، وهي ما تسمى (بعملية الإخصاب). ففي هذه الفترة يلزم من وجود حماية جنائية للبويضة الملقحة، والتي قد ينتج عنها حمل مستكن جدير بالحماية الجنائية.

واستندوا في ذلك إلى حق الجنين في الحياة إلى المواثيق والمعاهدات الدولية التي تؤكد هذا الحق، فضلاً عن استنادهم إلى عناية المشرع الإسلامي بهذا الحق. ونتعرض لبيان حجج معارضي الإجهاض بشئ من التفسير، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الفرع الأول منه ماهية الحق في الحياة بوجه عام، وبيان مفهومه في التشريع الإسلامي.

الفرع الأول: ماهية الحق في الحياة.

الفرع الثاني: حق الجنين في الحياة في التشريع الإسلامي.

---

(1) د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

الفرع الأول
ماهية الحق في الحياة

أولاً: الحق في الحياة بوجه عام.

الحق في الحياة هو الحق الذي تبدأ به سائر الحقوق، فعند وجوده تبدأ سائر الحقوق وعند انتهائه تنعدم الحقوق. وذهب رأي في الفقه إلى القول بأن الحق في الحياة، هو الحق الذي يضمن للشخص استمرارا في بقاء جسمه، بما يضمنه من قيام ذلك الجسم بكافة وظائفه الطبيعية، فإذا عطلت هذه الوظائف تعطيلاً تاماً فإن الجسم يتجرد من الحياة أياً كانت الوسيلة المستخدمة في تعطيل تلك الوظائف الجسدية تعطيلاً كاملاً .([1])

بناءً على ذلك فالحق في الحياة هو المصلحة التي يحميها القانون، والتي تتمثل في أن يظل الجسم مؤدياً وظائفه التي لا غنى عنها . وبالتالي يلزم أن يكون الجسم حياً ؛ ذلك لأن الجسم هو الكيان الذي يباشر وظائف الحياة. ونلاحظ أن المشرع يحمي الجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض، في حين يحميه في مراحل حياته العادية والتي تبدأ منذ ولادته بالنصوص التي تعاقب على القتل والجرح والضرب. فعلى الرغم من أن الجنين يتمتع بالحياة، إلا إنها مجرد حياة مستقبلية احتمالية، بخلاف النصوص التي تحمي الحياة من القتل؛ ذلك لأن الحياة في الحالة الثانية حياة يقينية .

ثانياً: الحق في الحياة في المواثيق الدولية.

الحق في الحياة هو أصل كل حقوق الإنسان في الكرامة والحرية والأمان. وقد كفلته جميع الشرائع السماوية، كما كفلته جميع الدساتير والقوانين والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. وقد نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ على

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٩ .

الحق في الحياة بقولها "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه". وكذلك نصت المادة السادسة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ على أن "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً". أيضاً تضمنت المادة الرابعة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام ١٩٦٩ . وكذلك المادة الرابعة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان النص على صيانة الحق في الحياة وحمايته ضد أي اعتداء .

كما جاء في ميثاق القاهرة الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مادته الثانية المنعقد في القاهرة سنة ١٩٩٠، أن المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ما شاء الله واجب شرعي، فلا يجوز الإجهاض دون ضرورة شرعية .(١)

الفرع الثاني

حق الجنين في الحياة في التشريع الإسلامي

تمهيد:ـ

خلق الله عز وجل الإنسان وكرمه وفضله عن سائر خلقه، وسخر له ما في السماوات والأرض، وأناط به تعمير الكون. وقد قرر علماء الإسلام أن الإنسان باعتبار ما له وما عليه من الواجبات في خلال حياته الدنيوية، وما يترتب عليها في حياته الأخروية يكون له أهلية. هذه الأهلية هي صفة يمنحها الشرع للإنسان، وتثبت له شيئاً فشيئاً بحسب أطوار حياته منذ وجوده في بطن أمه إلى أن يولد وحتى يموت. فاكتساب الإنسان لهذه الصفة تجعله يتمتع بمجموعة من الحقوق والواجبات، سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى أم بحقوق الإنسانية

---

(١) منشور عبر موقع النت أدناه، تاريخ الزيارة، ٢٠١١/٦/١١ . www.lahaoonline.com

. والتي تتعلق بحقه في الحياة أو التملك أو التزوج، وكذلك حقه في حرية التفكير وحرية العقيدة ...إلخ.

أولاً: عناية الشرع بالجنين.

لقد عنى الشرع بالجنين وخير دليل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال" إن الله قد وكل بالرحم ملكاً، فيقول: أي رب نطفة، أي رب علقة، أي رب مضغة، فإذا أراد الله أن يقضي خلقا. قال الملك: أي رب ذكر أو أنثى، شقي أو سعيد، فما الرزق وما الأجل؟ فيكتب كذلك في بطن أمه"(¹). فيظهر من هذا الحديث الشريف أن الله عز وجل وكل ملكاً يراقب تطور الجنين بداخل الرحم، ويخبره وإن كان الله عز وجل غنياً عن هذا الإخبار. إلا أن هذا يدل على عنايته جل شأنه بهذا الكائن وتكريمه له، الأمر الذي يلزم معه المحافظة على هذا الجنين وحمايته حتى يولد.

ثانياً: الأحكام الشرعية التي شرعت لاستمرار نمو الجنين.

١) **الإنفاق على الحمل:** قال تعالى في كتابه الكريم"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ "(²)، وذلك إذا كانت الزوجية قائمة. أما في حالة حدوث طلاق بائن أو فسخ أو خلع فتجب أيضاً نفقة الحامل وهذا بإجماع أهل الفقه(³).

٢) **إباحة الفطر في رمضان للمرأة الحامل إذا خشيت على جنينها:** وذلك للمحافظة على الجنين منعاً لتعرضه للنقص أو السقوط. وقد اتفق الفقهاء

---

¹) صحيح مسلم، شرح النووي، لمحي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف الشافعي،(٦٣١-٦٧٦)هـ، الجزء الحادي عشر، دار الريان للتراث، سنة ١٩٨٧م- ١٤٠٧هـ.

²) سورة الطلاق، الآية رقم ٦.

³) "المغني لابن قدامة" شرح مختصر الخرقي، للإمام ابي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفي في عام ٦٢٠هـ، مطبعة عالم الكتب، بيروت.

على أن الحامل إذا خافت على نفسها أو ولدها فلها الفطر.([1]) وخير دليل على ذلك قوله تعالى"وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"([2]). وهذا دليل على رفع الحرج والمشقة عن الأمة، والتي يدخل فيها الأم الحامل؛ ذلك لأن الحامل تعد بمنزلة المريض.([3])

ويؤكد ذلك ما روي عن أنس بن مالك رجل من بني عبد الأشهل وقيل من بني كعب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "أغارت علينا خيل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانطلقت إلى رسول الله ص وهو يأكل، فقال اجلس فأصب من طعامنا هذا، فقلت: إني صائم، قال اجلس أحدثك عن الصلاة والصيام، إن الله تعالى رفع عن المسافر شطر الصلاة، وعن المسافر والحامل والمرضع الصوم، والله لقد قالهما النبي صلى الله عليه وسلم كلتاهما أو إحداهما، فيا لهف نفسي: فهلا كنت طعمت من طعام رسول الله صلى الله عليه وسلم"([4]) .

وترجع العلة من ذلك في أن الجنين يحتاج لاستمرار تدفق الدم ليحصل منه على غذائه وشرابه. ونظراً لأنه قد تتأثر محتويات هذا الدم بالصيام الأمر الذي قد يترتب عليه الإضرار بالجنين، فإن الإسلام يريد أن يسلم الجنين من تلك الأضرار التي قد تلحق به بسبب صيام أمه؛ لذلك فقد أباح الإسلام الفطر في شهر رمضان

---

[1]) انظر حاشية ابن عابدين "رد المحتاج على الدر المختار"، شرح تنوير الأنصار لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الشهير بابن عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الجزء الثاني، سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٤٤٩ .

[2]) سورة الحج، الآية رقم ٧٨ .

[3]) المغني لابن قدامه، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٣٩ .

[4]) للمزيد انظر: "عون المعبود في شرح سنن أبي داود" ، لمحمد شمس الحق العظيم آبادي، الجزء الأول، دار الفكر، سنة ١٩٩٥ .

حفاظاً على حياة الجنين وعلى أمه.

٣) تأخير تنفيذ العقوبة البدنية المستحقة على ... ذلك لأن استيفاء الحد أو القصاص من الأم، سوف يؤدي إلى الإضرار بهذا الجنين الذي لا ذنب له. فقال تعالى"ولا تزر وازرة وزر أخرى"(٢).

ويؤكد ذلك أيضاً ما روي عن حادثة الغامدية عندما جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني زنيت فطهرني، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما كان الغد قالت: يارسول الله لم تردني: لعلك تردني كما رددت ماعزا، فوالله أني لحبلى، قال: أما لا، فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: اذهبي فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يانبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها"(٣). فهذا دليل واضح يدل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أرجأ تنفيذ الحد على الغامدية حتى تضع حملها، بل وحتى ترضعه وتفطمه؛ وذلك حتى يكون قادراً على الحياة، ولكي لا تزر وازرة وزر أخرى؛ فعلى الرغم من أن الجنين أتى نتيجة زنا أمه، إلا أنه لا ذنب له في خطأ أمه ولا يؤخذ بذنبها.

وفي حديث عمران بن حصين، أن امرأة من جهينة أتت نبي الله صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا، فقالت: يانبي الله، أصبت حداً

---

١) وجاء في المغني، لابن قدامه، ص ١٣٩ " الحامل والمرضع إذا خافتا على انفسهما فلهما الفطر، وعليهما القضاء فحسب، لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافاً ، لأنهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه، وإن خافتا على ولديهما افطرتا، وعليهما القضاء وإطعام مسكين عن كل يوم".

٢) سورة الأنعام، الآية رقم ١٦٤ .

٣) صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، المتوفي عام ٢٦١هـ، تحقيق محمد فؤاذ عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الثاني، طبعة ١٣٧٤هـ، ص ٤٥٢ .

فأقمه علي، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها، فقال: أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني، ففعل، فأمر بها نبي الله صلى الله عليه وسلم، فشقت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلي عليها، فقال له عمر: تصلي عليها يانبي الله وقد زنت!!، فقال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن أجادت بنفسها لله تعالى"(١)

فكل هذه الأدلة تؤكد رحمة الإسلام وعنايته بالجنين، وكذلك الإحسان إلى أمه بالرغم من ذنبها ٠ وقد أرجع النووي(٢) هذا الإحسان إلى سببين، الأول: وهو الخوف عليها من أقاربها بأن تحملهم العار؛ الأمر الذي يترتب عليه إيذاؤهم لها ٠ أما الثاني: أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم رحمة بها إذ قد تابت، وحرص على الإحسان إليها، لما في النفوس من النفرة من مثلها، وإسماعها الكلام المؤذي ونحو ذلك، لذلك أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن ينهي عن هذا كله ٠

٤)**الاعتداد بشخصية الجنين:** أثبت الإسلام أن للجنين أهلية وجوب ناقصة، ويرجع السبب في نقص أهليته إلى أمرين(٣)، الأول: احتمال وجود الجنين من عدمه، فقد يولد حياً فيثبت له حق الإنسان، وقد يولد ميتاً فلا تثبت له أية حقوق(٤)٠أما الأمر الثاني: فهو عدم استقلاله

---

١) صحيح الإمام مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، المتوفي عام ٢٦١هـ، تحقيق محمد فؤاذ عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الحادي عشر، طبعة ١٣٧٤هـ٠، ص ٢٠٤ ٠

٢) إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، "أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي" رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣- ٢٠٠٢ ، ص ٧١ ٠

٣) إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص ٧٢ ٠

4) (Hossam El ahawany, Le statut juridique de L'enfant conçu en droit Egyptien, p41.

بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، حقوق عين شمس، لسنة ١٩٩٨ ٠

عن أمه، فهو يعد جزءاً من أمه من ناحية، ويعد إنساناً من ناحية أخرى. لذلك فقد منح الجنين نوعاً من الأهلية يتلاءم ووضعه وحالته. وخير دلالة على اعتداد الإسلام بشخصية الجنين؛ هو منحه الحق في الميراث بالرغم من عدم ميلاده[1]. غير أنه اشترط لذلك أن يكون الحمل موجوداً وقت وفاة المورث، وأن يولد حياً. كما اعتبر أن أقصى مدة للحمل سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوماً [2]، واعتبر أن أقل مدة للحمل هي ٢٧٠ يوماً.

كما حدد قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣[3]، المدة التي يشترط فيها ولادة الجنين لثبوت استحقاقه الميراث من مورثه. وأوضح أن هذه المدة تختلف بكون الحمل من المورث أو من غيره [4]. وتتمثل الحالة الأولى في صورتين، الأولى: يفترض فيها موتُ المورث والزوجية ما زالت قائمة بينهما. ففي هذه الحالة يرث الحمل إذا كانت المدة بين وفاة المورث والولادة لا تزيد عن سنة شمسية أي ٣٦٥ يوماً، فإذا زادت هذه المدة عن سنة فلا يرث؛ لأن ذلك يدل على أن حملها لم يكن موجوداً. الأمر الذي لم يتحقق معه شرط الميراث، وهو أن يكون الحمل موجودا

---

[1]) تنص المادة ٤٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة١٩٤٣ على أن "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى".

[2]) المادة ٤٣ من قانون المواريث أنه" إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرث حملها، إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ... "

[3]) كانت المحاكم الشرعية تطبق في تعيين الورثة وتقدير أنصبائهم الراجح على أساس أقوال المذهب الحنفي، إلا أنه نظراً لأن هذه الأقوال كانت غير مقننة، فقد تضاربت الأحكام. الأمر الذي أدى إلى وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية والمواريث والوصية، على أن تختار أحكامه من جميع المذاهب الإسلامية. فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ متضمناً أحكام المواريث، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ متضمناً أحكام الوصية.

[4]) انظر في ذلك، د. محمود محمد حسن " أحكام الميراث والوصية"، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٦، ص ٣٧٣، ٣٧٤.

لاستحقاق الميراث. أما الصورة الثانية: فإنها تفترض أن يموت المورث بعد أن طلق زوجته، ولم تزل في عدة الطلاق البائن. ففي هذه الحالة يستحق الجنين الميراث إذا كانت المدة بين الولادة والطلاق لا تتعدى سنة شمسية.

أما الحالة الثانية: فتتمثل في حالة كون الحمل من غير المورث([1])، كما في حالة إذا توفى عن زوجة أبيه وهي حامل أو زوجة أخيه وهي حامل. ففي ذلك أيضاً صورتان، الصورة الأولى: أن تكون الحامل وقت وفاة المورث زوجة زوجيتها قائمة، وليست معتدة من طلاق بائن أو وفاة، ففي هذه الحالة يرث الحمل إذا أتت به لمدة ٢٧٠ يوماً أو أقل من حيث وفاته، لأن ذلك يدل على أن الحمل كان موجوداً وقت وفاة المورث . أما الصورة الثانية: تتمثل في كون الحامل وقت وفاة المورث كانت معتدة من طلاق بائن أو وفاة، ففي هذه الحالة يرث الجنين إذا جاءت به في مدة لا تزيد على سنة شمسية من تاريخ موت زوجها أو إيقاعه الطلاق .

كما أن عناية الإسلام بالجنين تظهر أيضاً في إثبات حقه في الوصية، وذلك إذا وصى شخص لحمل. فإن هذه الوصية تكون صحيحة إذا كان الحمل قائماً بالفعل وقت إنشاء الوصية. أما في حالة عدم وجود حمل في ذلك الوقت، فإن الوصية في هذه الحالة تكون باطلة حتى ولو حملت بعد ذلك، لأن العبرة بكون الحمل موجوداً أو غير موجود هو وقت إنشاء الوصية .

ثالثاً: ميثاق الطفل في الإسلام.

---

[1] جاءت المادة ٤٣ من قانون المواريث بقولها " ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في حالتين، الأولى: أن يولد حياً لخمسة وستين يوماً على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت معتدة موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة. أما الثانية: أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة ".

عُنيت اللجنة الإسلامية العالمية للطفل والمرأة - وهي إحدى لجان المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة في إبراز الرؤية الإسلامية لقضايا الأسرة والمرأة والطفل- على وضع ميثاق للأسرة لعام ٢٠٠٣ . وهو ما تضمن المبادئ الأساسية التي تحكم الأسرة في الإسلام. وقد تضمن هذا الميثاق شقين الأول: ميثاق الطفل في الإسلام، أما الثاني: ميثاق الأسرة في الإسلام .[1] وذلك وفقاً للمبادئ الأساسية التي تحكم أمور الطفل والأسرة في الإسلام والتي تكون مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

وقد أكد الميثاق في مادته الخامسة على حق كل طفل - منذ تخلقه جنيناً- في الحياة والبقاء والنماء. فضلاً عن أنه يحرم إجهاض الجنين إلا إذا تعرضت حياة الأمّ لخطر محقق لا يمكن تلافيه إلا بالإجهاض، كما أن للجنين الحق في الحصول على الرعاية الصحية والتغذية الملائمة من خلال رعاية أمه الحامل، ويحرم بوجه عام الإضرار بالجنين، ويجب عقاب كل من يعتدي عليه.

كما تضمنت المادة الثامنة عشر من الميثاق، حق الجنين في التمتع بالحقوق التي تقررها له الشريعة الإسلامية والتي تكون معلقة بميلاده حياً. وقد أكدت أيضاً على أن الجنين يتمتع بأهلية

---

[1]) صيغت مواد الميثاق في ضوء المبادئ الأساسية التي تحكم أمور الطفل في الإسلام، وترك ما يتصل بالتشريع والإجراءات التنفيذية لكل بلد، بغية المواءمة بين مواد الميثاق وظروف كل مجتمع إسلامي. وروعي في صياغة مواد الميثاق أن توازي في مضامينها وترتيبها الاتفاقيات الدولية؛ تيسيرا لمقارنة المنظور الإسلامي للطفل بما عداه من منظورات. وحقوق الطفل في الإسلام تكتسب صفة الواجب والفرض مما لا يمكن التنازل عنه ويأثم من يعتدي عليها. وتفرد ميثاق الطفل في الإسلام ببعض المواد التي اغفلتها المواثيق الدولية. وجاءت مواد الميثاق متوازنة ترتكز على توازن حقوق الطفل مع واجباته، على وجه يتدرج مع مراحل نمو، راجع موقع النت أدناه، تاريخ الزيارة ٢٠١١/٦/١٣ www.lahaonline.com .

وجود محدودة للحقوق المالية التي تقررها له الشريعة الإسلامية، فيحتفظ له بحصته في الميراث، والوصية، والوقف، والهبة من الوالدين أو الأقرباء أو الغير، وأكدت المادة التاسعة عشر على تمتع الطفل منذ ولادته حياً بأهلية وجوب كاملة، وبالتالي يكون له التمتع بحقوقه في الميراث والوصية والهبة وغيرها .

يبدو أن عناية الإسلام بالجنين كانت منذ تكوينه في بطن أمه وحتى خروجه إلى الحياة، فقد أراد رفع الضرر عنه ورعاية حقوقه وحفظها، وأراد بذلك حفظ النسل، فجعل الزواج هو الوعاء الشرعي للإنجاب، وأراد أيضاً تحقيق مقصد من مقاصده في الحفاظ على النفس، وتكريم الإنسان منذ كونه جنيناً وحتى اكتماله ليصبح إنساناً، فكل هذه الأدلة تدل على حق الجنين في أن يرى النور وحقه في حياة مستقبلية ينعم فيها بكامل حقوقه وواجباته .

خلاصة ذلك أنه متى تحققت الحماية الكاملة للجنين منذ وجوده في بطن أمه، ومتى توافرت كافة الضمانات لحماية حق المرأة في الإنجاب، والنص على ذلك صراحة سواء في التشريعات الدولية أم النصوص الوطنية، فإن ذلك كاف لضمان حق المجتمع في النماء والتكاثر، والحفاظ على الذرية، من أجل نماء الحياة ومواصلة السعي والتقدم الحضاري، فالعنصر البشري مورد اقتصادي للأمة كلها، وأداة فعالة للدفاع عن المجتمع.

المطلب الثاني

حق المرأة في الإنجاب

تمهيد :-

يرى مؤيدو الإجهاض أن حق المرأة في الإنجاب أحد أهم مظاهر حقوق الإنسان، والتي تتمتع بحماية على المستوى الدولي والوطني، تلك الحقوق تتمتع بحماية خاصة وتحظى باهتمام بالغ وحماية

قانونية مميزة، وإن كانت هذه فكرة نسبية تتفاوت حمايتها القانونية من تشريع إلى آخر. وتتأثر هذه الحماية باعتبارات مختلفة بعضها اقتصادي أو اجتماعي أو ثقافي.

وحيث تشكل الأسرة الوحدة الطبيعية الأساسية في المجتمع، فتُعنى الدول بمنح الأسرة أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة منذ بداية ممارسة الحق في الزواج بحرية ورضاء الطرفين. ثم توفير الحماية الخاصة للأمهات خلال فترة الحمل وبعد وضع الطفل، واتخاذ كافة التدابير اللازمة لحماية ومساعدة الأم ووليدها .

وقد نصت جميع المواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على حق المرأة في الإنجاب على الصعيد الدولي والوطني، وهو ما يتم بيانه على النحو التالي:-

الفرع الأول: الحماية القانونية الدولية لحق المرأة في الإنجاب.

الفرع الثاني: الحماية القانونية الوطنية لحق المرأة في الإنجاب.

الفرع الثالث: حق المرأة في الأمومة والإنجاب في التشريع الإسلامي .

الفرع الأول

الحماية القانونية الدولية لحق المرأة في الإنجاب

أولاً: الحماية الواردة في اتفاقيات وإعلانات الحقوق بوجه عام.

حماية حقوق المرأة - بوجه عام - بدأت مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٤٨ . فقد عنى هذا الإعلان بحماية حقوق المرأة، ونص في المادة الخامسة والعشرين منه على أن" للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، ينعم كل الأطفال بذات الحماية الاجتماعية .....الخ" .

وتأكيداً على حماية حق المرأة في الإنجاب وحماية حق الجنين في الحياة، أكدت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي

أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٦٦([1])، على خطر تنفيذ حكم الإعدام في امرأة حامل. وقد أصبح مستقرا في التشريعات المقارنة أن تنفيذ الحكم الصادر بالإعدام يؤجل إلى أن تضع المرأة حملها .

كما أكدت الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦([2])، تدعيمها ومساندتها لحق المرأة في الإنجاب، والتشجيع على استعماله والتمتع به، فقد نصت في المادة العاشرة منها على "وجوب منح الأمهات حماية خاصة خلال فترة معقولة قبل الولادة وبعدها ،وفي خلال هذه الفترة يجب منح الأمهات العاملات أجازة مدفوعة أو أجازة مقرونة بمنافع مناسبة من الضمان الاجتماعي" ،

وقررت المادة الثانية عشر من تلك الاتفاقية والتي تتضمن تدعيماً لحق المرأة في الإنجاب إقرار الدول الأطراف في الاتفاقية بحق كل فرد في المجتمع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، وتشمل الخطوات التي تتخذها الدول الأطراف في الاتفاقية للوصول إلى تحقيق كلي لهذا الحق ما هو ضروري من أجل ما يلي: ([3])

(أ) العمل على خفض نسبة الوفيات في المواليد وفي وفيات الأطفال، من أجل التنمية الصحية للطفل،

(ب) تحسين شتى الجوانب البيئية والصناعية ،

(ج) الوقاية من الأمراض المعدية و المتفشية و المهنية وحصرها

---

[1]) وقعت عليها جمهورية مصر العربية بتاريخ ١٩٦٧/٨/٤ ،وصدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٨١ بالموافقة عليها ،

[2]) أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٦٦/١٢/١٦، والتي وقعت عليها مصر بتاريخ ١٩٦٧/٨/٤، وصدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٨١ بالموافقة عليها ،

[3]) المادة ١٢ من الاتفاقية السابق الإشارة إليها،

ومعالجتها .

(ء) خلق ظروف من شأنها أن تؤمن الخدمات الطبية والعناية الطبية في حالة المرض.

يتضح من تلك الاتفاقيات وإعلانات الحقوق. تقرير حق المرأة في حماية نسلها وحقها في الإنجاب، باعتباره أحد أهم الحقوق التي تتمتع بها المرأة. والتي تدعمها كثير من المنظمات المعنية بحقوق الإنسان وتشملها بحماية خاصة، وهي ما تعمل على حماية البيئة المحيطة بالمرأة الحامل وبطفلها وتوفير كامل الرعاية لهما. فالحماية الدولية للحقوق الإنجابية للمرأة تنشئ التزاماً يقع على عاتق الدول الأطراف في المواثيق والاتفاقات الدولية المقررة للصور المختلفة لحقوق الإنسان، مقتضاه ضرورة سَن التشريعات التي تضمن للمرأة ممارسة هذه الحقوق والعمل على كفالة حسن تطبيقها .

ثانياً: الحماية الواردة في المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المرأة.

عُنيت الهيئات الدولية المشكلة طبقا لمواثيق حقوق الإنسان، بكفالة حقوق المرأة، بإقرار إعلانات وإصدار توصيات تُعنى بهذه الحقوق. وإنشاء لجان خاصة تُعنى بمتابعة وتنظيم ومراقبة حماية حقوق المرأة، وذلك على النحو التالي:-

١ـ **إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة :ـ** اعتمد إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر ١٩٦٧ . والذي ورد به التدابير المناسبة لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة، والتي تُشكل تمييزاً ضد المرأة أو تنطوي على انتهاك أو التعدي على حقوقها الإنسانية.

٢ـ **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة** [١]: قررت تلك الاتفاقية

---

[١] اعتمدت هذه الاتفاقية بقرار صادر من الأمم المتحدة في ١٩٧٩/١٢/١٨، وبدأ نفاذها في ١٩٨١/١٢/٣ .

في المادة ١٦ منها، ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية٠وللمرأة أن تقرر بحرية وإدراك عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه٠وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق ٠

٣- **لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة** [1]: أصدرت هذه اللجنة العديد من التوصيات العامة لتجنب التمييز ضد المرأة أو الإخلال بحقوقها، من أهم تلك التوصيات[2] :-

- التوصية العامة رقم ١٥ في الدورة التاسعة المنعقدة سنة ١٩٩٠، والتي تتعلق بحقوق وحاجات النساء والأطفال في مجال مكافحة مرض الإيدز، وبالعوامل المتصلة بالدور الإنجابي للمرأة الحاملة لفيروس الإيدز ٠
- التوصية العامة رقم ١٩في الدورة الحادية عشرة المنعقدة سنة ١٩٩٢ ٠ والتي تهتم بمناقشة العنف ضد المرأة، وجاء النص في هذه التوصية على أن " للتعقيم أو الإجهاض القسريين أثراً سيئاً على

---

[1]) د. الشافعي محمد بشير "قانون حقوق الإنسان ، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، منشأة دار المعارف بالأسكندرية، الطبعة الخامسة ، لسنة ٢٠٠٩،ص ٣١٠ ٠.

- نشأت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عام ١٩٨٢، تنفيذاً للمادة ١٧ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة، وتتكون من ثلاثة وعشرين خبيراً في الميدان المشمول بالاتفاقية، تنتخبهم الدول الأعضاء لمدة أربع سنوات، وتعقد اللجنة دورة واحدة سنوياً في فينا أو نيويورك ٠ وتتمثل المهمة الأساسية للجنة في النظر في التقدم المحرز في تنفيذ الاتفاقية، وتقدم اللجنة تقريراً عن نشاطها سنوياً إلى الجمعية العامة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي، و لها أن تقدم الاقتراحات والتوصيات العامة القائمة على دراستها للتقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف ٠

[2]) د. فتوح الشاذلي "الحماية القانونية لحق المراة في الإنجاب "، بحث منشور مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٩ ٠

الصحة الجسدية والنفسية للمرأة، وفيهما انتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر".(1) كما أوصت اللجنة المعنية بعدة أمور تتعلق بحق المرأة في الإنجاب الآمن، والتي منها التزام الدول الأطراف بأن تكفل اتخاذ تدابير لمنع الإكراه فيما يتعلق بالخصوبة والإنجاب. وأن تكفل عدم اضطرار المرأة إلى اللجوء للإجراءات غير المأمونة مثل الإجهاض غير المشروع بسبب الافتقار إلى الخدمات المناسبة، فيما يتعلق بالتحكم في الخصوبة.

- التوصية العامة رقم ٢١ في الدورة الثالثة عشرة المنعقدة سنة ١٩٩٤، تحت عنوان المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية في ضوء المواد ٩، ١٥، ١٦ من الاتفاقية. والتي ورد فيها تعليق على المادة ١٦ جاء فيه ما يلي "تؤثر مسئوليات المرأة المتعلقة بالحمل وتربية الأطفال على حقها في الحصول على التعليم والعمل، وغير ذلك من الأنشطة المتصلة بتطورها الشخصي. كما أن تلك المسئوليات تلقي على عاتق المرأة أعباءً مجحفة من العمل. بالإضافة إلى أن عدد الأطفال والفترة بين إنجاب طفل وآخر لهما أثر مماثل على حياة المرأة، ويؤثران أيضاً على صحتها البدنية والعقلية، وكذلك على صحة أطفالها .ولهذه الأسباب يحق للمرأة أن تقرر عدد أطفالها، والفترة بين إنجاب طفل وآخر. وتكشف بعض التقارير عن ممارسات قسرية تترك في المرأة آثاراً خطيرة، مثل الحمل أو الإجهاض أو التعقيم الإجباري، ولئن كان يفضل اتخاذ قرار إنجاب الأطفال من عدمه بالتشاور مع الزوج أو الشريك، فيجب مع ذلك الا يقيد الزوج أو الوالد أو الشريك أو الحكومة الحق في اتخاذ هذا القرار. وإذا اتخذت المرأة قراراً بشأن وسائل منع الحمل المأمونة والموثوق فيها، فيجب أن تتوافر لها معلومات عن وسائل منع الحمل وعن استخدامها، وأن يكفل لها الحصول على الثقافة الجنسية وخدمات تنظيم الأسرة ."

---

(1) التعليق الخاص بالمواد ٥،٦ من هذه الاتفاقية.

الفرع الثاني

الحماية القانونية الوطنية لحق المرأة في الإنجاب

أولاً: الطبيعة الدستورية لحق المرأة في الإنجاب.

يندرج حق المرأة في الإنجاب ضمن الحقوق الواردة بالدستور، والتي تتعلق بالنظام العام، حيث يعد هذا الحق من الحقوق الفردية ذات الطابع الاجتماعي. وخير دليل على ذلك ما ورد بالدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١م في المادة١٠ منه، والتي نصت علي أنه "تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة، وترعى النشء والشباب، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم ".

يتضح من نص المادة ١٠ كفالة الدستور لحماية الأمومة والطفولة، تلك الكفالة تضفي طبيعة دستورية على حق المرأة في الإنجاب. وبالتالي فكل حرمان أو تقييد لحق المرأة في الإنجاب بمقتضى نص تشريعي يكون مخالفاً لدستور الدولة، ومع ذلك يجوز أن تقرر التدابير القانونية التي تراها ملائمة لحماية هذا الحق .

كما تضمنت هذه المادة إبطال كل اتفاق على حرمان المرأة من حقها في الإنجاب حرماناً مطلقاً. وبالتالي إذا اتفق الزوجان أثناء عقد الزواج على عدم الإنجاب، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً. وفي حالة إدراج شرط أو تعهد في عقد الزواج من المرأة أو وليها، فإن هذا الشرط يبطل ويصح عقد الزواج؛ ذلك لأن هذا الشرط يتضمن إلغاء لمقصد من المقاصد المبتغاة من الزواج .([1])

وحظرت الالتجاء للتعقيم الإجباري أو الإجهاض القسري أو أي تدبير من التدابير أو الممارسات القسرية التي تهدد حق المرأة في الإنجاب أو تحديد عدد الأطفال في الأسرة، وذلك وفقاً لما هو مقرر

[1]) د. فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص١٣٦ .

قانوناً. كما أوضحت أنه ليس للمرأة أن تتصرف في حقها الإنجابي بإرادتها المنفردة عن طريق الإجهاض الإرادي في غير الأحوال التي تهدد حياتها أو صحتها بخطر جسيم إذا استمرت حالة الحمل .

ثانياً: القوانين المقررة لحماية حق المرأة في الإنجاب في التشريع المصري.

تعددت مظاهر الحماية القانونية لحماية حق المرأة في الإنجاب في الكثير من القوانين، فعلي سبيل المثال ورد في نص المواد ٧٠، ٧١، ٧٢ من قانون الطفل المعدلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ تقرير إجازة وضع للمرأة العاملة، تكون مدتها ثلاثة أشهر بعد الوضع بأجر كامل. ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الخمسة والأربعين يوماً التالية للوضع، ولا تستحق أجازة الوضع أكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمة العاملة. بالإضافة إلى تخفيض ساعات العمل اليومية للمرأة الحامل ساعة على الأقل اعتباراً من الشهر السادس للحمل. وللعاملة في القطاع العام وقطاع الأعمال العام الحصول على أجازة بدون أجر لمدة سنتين لرعاية طفلها .

وعلى الرغم من ذلك، فإن قصر أجازة الوضع لعدد ثلاث مرات طوال مدة خدمة العاملة، يتعارض مع أحكام اتفاقية القضاء علي التمييز ضد المرأة ، لأنه بذلك يرد حظر على حق المرأة في الإنجاب وهو تحديد عدد أطفالها؛ وهذا يتعارض مع نص المادة ١٦ من أحكام هذه الاتفاقية والتي تقرر حق المرأة في تحديد عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر.

أما قانون الإجراءات الجنائية فقد ورد في مادته ١/٤٨٥ جواز تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليها الحامل في شهرها السادس حتى تضع حملها وتمضي مدة شهرين على الوضع[1]. ونص في مادته٤٧٦ وقف تنفيذ عقوبة الإعدام في امرأة

---

[1]) تنص المادة ٤٨٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن" إذا كانت المحكوم عليها بعقوبة ==

حامل ولمدة شهرين بعد وضعها٠(1)

وذهب قانون تنظيم السجون المصري في المادة ٦٨ إلى ما ذهب إليه قانون الإجراءات الجنائية، بالإضافة إلى إقراره نوع من الرعاية الخاصة للحامل المحكوم عليها بعقوبة سالبة للحرية إذا حكم عليها بتنفيذ العقوبة أثناء الحمل، وتشمل هذه الرعاية الغذاء الخاص والراحة والإشراف الطبي أثناء الحمل وعند الولادة ٠

الفرع الثالث

حق المرأة في الأمومة والإنجاب في التشريع الإسلامي

تمهيد :ـ

خلق الله عز وجل الذكر والأنثى وجعل هناك ميلاً فطرياً، وشرع الزواج من أجل علاقة شرعية تجمعهما سوياً، ويكون من نتاجها ذرية تتحقق بها خلافة الإنسان في الأرض٠ قال تعالى : {لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ } ٠ (2)

ووردت العديد من النصوص والأحاديث النبوية الشريفة، التي تحث على إنجاب الأولاد وتكثير الذرية٠ ومنها ما جاء على لسان النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عبد الله بن عمر، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم " ٠ ورغب عن المرأة التي لا تلد فقال لمن سأله : إني أصبت امرأة ذات حسب

== مقيدة للحرية حبلى في الشهر السادس من الحمل، جاز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها، وتمضي مدة شهرين على الوضع٠ فإذا رؤى التنفيذ على المحكوم عليها، أو ظهر في أثناء التنفيذ أنها حبلى وجبت معاملتها في السجن معاملة المحبوسين احتياطياً حتى تمضي المدة المقررة بالفقرة السابقة " ٠

1) تنص المادة ٤٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية على أن" يوقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحبلى وإلى ما بعد شهرين من وضعها"٠

2) سورة الشورى ، الآية رقم ٤٩٠

ومنصب ومال ،إلا أنها لا تلد أفأتزوجها فنهاه ، ثم أتاه ثانية فقال له مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال له: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة " .(١)

أولاً: تعريف حق المرأة في الإنجاب في الفقه الإسلامي.

يقصد بحق المرأة في الإنجاب، تمكينها وإزالة كافة المعوقات التي تحول بينها وبين إنجاب الذرية. تحقيقاً للأغراض الشرعية من الزواج، وإشباعاً لرغباتها النفسية في ممارسة دورها الاجتماعي كأم ومربية لجيل جديد .

وقد حثت الشريعة الإسلامية على إنجاب الأولاد، حيث إنه هو المقصود الأهم من الزواج، فقال تعالى {وَأَمْدَدْنَاكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَجَعَلْنَاكُمْ أَكْثَرَ نَفِيرًا}(٢). ويتأكد هذا الحق للنساء لما فطرن عليه من حب الأبناء، والقيام بواجباتهن من الحمل والولادة والحضانة والرضاعة؛ حيث أن المرأة مؤهلة بخصائصها الفطرية والجسدية والعقلية والنفسية، للقيام بهذه الوظائف كاملة .

والحق في الإنجاب حق مشترك بين الزوجين، فقال تعالى {وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ} .(٣)وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها، لأنه بعزله عنها يحرمها الولد الذي هو حق لها .

---

(١) سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المتوفى عام ٣٠٣هـ، بشرح السيوطي وحاشية السندي، حققه مكتب تحقيق التراث الإسلامي،طبعة دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٤هـ.

(٢) سورة الإسراء، الآية رقم ٦ .

(٣) سورة النحل، الآية رقم ٧٢ .

وأكد التشريع الإسلامي على الحفاظ على حق المرأة الحامل حتى تضع وليدها، وذلك بأن قرر أنه في حالة وجوب القصاص من امرأة حامل، فإنها تحبس ويؤجل استيفاؤه حتى تضع حملها وترضعه اللبأ - وهو ما ينزل عقب الولادة- حفاظاً على الجنين الذي لا يستطيع العيش بدونه غالباً، أما في حالة إذا لم تستطع إرضاعه ولم يوجد ما يستغنى به عن اللبن، فإن الحاكم يقوم بإجبار إحدى المرضعات بالأجرة بالقيام بإرضاع الجنين، ويتم الاستيفاء من المحكوم عليها بالقصاص ولا يؤخر، فإن لم يمكن ذلك يؤجل استيفاءه حتى يفطم الجنين لمدة عامين ولو احتاج لمدة زيادة جاز ذلك ، وقد أراد التشريع من ذلك ألا تؤخذ نفسان بنفس واحدة .

ثانياً: أمور تتعارض مع حق المرأة في الإنجاب.

تظهر بعض الأمور التي تتعارض مع حق المرأة في الإنجاب في التشريع الإسلامي، حيث أفتت المجامع الفقهية واللجان العلمية، والعديد من العلماء بوجود عدة أمور تتعارض مع حق المرأة في الإنجاب، وهي على النحو التالي:-

(١) تحديد أو قطع النسل بالكلية.

أصدرت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء قراراً مفصلاً في هذه المسألة، جاء فيه "نظراً إلى أن الشريعة الإسلامية ترغب في انتشار النسل وإكثاره، وتعتبر النسل نعمة كبرى ومنّه عظيمة من الله منَّ بها على عباده، فقد تضافرت بذلك النصوص الشرعية من كتاب الله وسنة رسوله، ونظراً إلى أن القول بتحديد النسل أو منع الحمل مصادم للفطرة الإنسانية التي فطر الله الخلق عليها وللشريعة الإسلامية التي ارتضاها الله تعالي لعباده، ونظراً إلي أن دعاة القول بتحديد النسل أو منع الحمل فئة تهدف بدعوتها إلى الكيد للمسلمين بصفة عامة، وللأمة العربية المسلمة بصفة خاصة،

حتى تكون لهم القدرة على استعمار البلاد واستعمار أهلها، وحيث أن في الأخذ بذلك ضرباً من أعمال الجاهلية وسوء الظن بالله، وإضعافاً للكيان الإسلامي المتكون من كثرة اللبنات البشرية وترابطها. لذلك كله فإن المجلس يقرر بأنه لا يجوز تحديد النسل مطلقاً، ولا يجوز منع الحمل إذا كان القصد من ذلك خشية الإملاق، لأن الله عز وجل هو الرازق ذو القوة. أما إذا كان منع الحمل لضرورة محققة ككون المرأة لا تلد ولادة عادية وتضطر معها إلي إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين، أو كان تأخيره لفترة ما لمصلحة يراها الزوجان، فإنه لا مانع حينئذ من منع الحمل أو تأخيره، بل يتعين منع الحمل في حالة ثبوت الضرورة المحققة". (١)

وقد جاء قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت في الأول من جمادى الأول ١٤٠٩هـ الموافق العاشر من ديسمبر ١٩٨٨م. بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع تنظيم النسل، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله. وبناء على أن مقاصد الزواج في الشريعة الإسلامية الإنجاب، والحفاظ على النوع الإنساني، وأنه لا يجوز إهدار هذا المقصد؛ لأن إهداره يتنافى مع نصوص الشريعة وتوجيهاتها الداعية إلى تكثير النسل والحفاظ عليه والعناية به، باعتبار حفظ النسل أحد الكليات الخمس التي جاءت الشرائع برعايتها قرر ما يلي:(٢)

أولا: لا يجوز إصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب.

ثانياً: يحرم استئصال القدرة على الإنجاب في الرجل أو المرأة، وهو ما يعرف بالتعقيم، ما لم تدع إلى ذلك الضرورة بمعاييرها الشرعية.

---

(١) راجع الموقع الرسمي لمجلس مجمع الفقه الإسلامي www.Fiqhacademy.org.sa.0

(٢) الموقع الرسمي لمجلس مجمع الفقه الإسلامي www.Fiqhacademy.org.sa.0

ثالثاً: يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، وذلك إذا دعت حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراضٍ، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا تكون فيها عدوان على حمل قائم .

كما قرر المجمع الفقهي فيما يتعلق بتحديد النسل أنه "لا يجوز استعمال مانع الحمل كاللولب والحبوب بغرض قطع النسل قطعاً كلياً إلا لضرورة محققة؛ ككون المرأة لا تلد ولادة عادية، أو يلحقها بسبب الحمل كلفة تشق احتمالها. والذي يستباح في مثل هذه الأحوال هو الأخذ بأسهل الأسباب وأقلها ضرراً، ويراعى في ذلك الأثر الصحي، وكون استعماله لا يقتضي الإطلاع على العورة. فالعزل وتنظيم اللقاء الجنسي أسلمها، ثم استعمال الحبوب المانعة. أما منع النسل مطلقاً بحجة الاكتفاء بعدد معين من الأولاد والتفرغ لتربيتهم أو بسبب كثرتهم، أو نحو ذلك من الأسباب فلا يجوز" .([1])

وبالتالي فإن تنظيم النسل- والذي يقصد به تباعد فترات الحمل دون قطع الذرية على الدوام- إذا كان لمصلحة شرعية اقتضته، كإرهاق الأم بسبب الولادات المتتابعة، أو في كون تتابع الولادات خطراً على حياتها أو إضعافاً لبنيتها، فالصحيح أنه لا مانع منه استناداً إلى أحاديث العزل، لكن الجواز مشروط بألا يكون هناك قطع كامل للنسل .

ثانياً: العزل.

العزل هو أن يعزل الرجل ماءه عن المرأة، أي ينحيه عن رحمها إذا جامعها، لئلا تحمل. وقد ورد ما يدل علي جواز العزل، فروي عن جابر رضي الله عنه قال " كنا نعزل علي عهد رسول الله صلي الله عليه

---

[1]) موقع النت سابق الإشارة إليه.

وسلم ،فبلغ ذلك النبي فلم ينهنا "([1])٠ وما رواه أبو سعيد رضي الله عنه قال "خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في إحدى الغزوات، فأصبنا سبايا من العرب، فاشتهينا النساء واشتدت علينا الْعُزْبَة وأحببنا العزل، فسألنا عن ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال: ما عليكم ألا تفعلوا، فإن الله عز وجل قد كتب ما هو خالق إلي يوم القيامة "([2])

فكل هذه الأدلة تحث على جواز العزل، ولكن يلاحظ أنه لا يجوز العزل إلا بإذن الزوجة الحرة٠ فهي لها الحق في الولد والمتعة، فلا تمنع منه إلا بإذنها٠ وذهب المالكية والشافعية والحنفية إلى أنه لا يجوز العزل إلا بإذن الحرة، أما الأمة يجوز العزل عنها بغير إذنها ؛ وذلك لأنهم يرون أنها لا حق لها في الوطء ولا في الولد، ولذلك لا تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة، فلأن لا تملك المنع من العزل أولى٠ وللشافعية في ذلك وجهان، الأول : أولى، لما روي عن عمر رضي الله عنه قال " نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها " ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرراً، فلم يجز إلا بإذنها ٠ فأما زوجته الأمة، فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي، استدلالاً بمفهوم هذا الحديث ٠

وذهب ابن قدامه في كتابه المغني "ولأن لها في الولد حقاً، وعليها في العزل ضرراً، فلم يجز إلا بإذنها"٠ وذهب أهل العلم إلى أنه لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، لأن لها حقاً في الأولاد، ثم إن عزله بدون إذنها

---

[1]) صحيح الإمام مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، المتوفي عام ٢٦١هـ، تحقيق محمد فؤاذ عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة ١٣٧٤هـ٠

[2]) صحيح البخاري، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المتوفي سنة ٢٥٦هـ، دار ابن كثير واليمامة، بيروت، الطبعة الخامسة، سنة ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، ضبط وتخريج وشرح د. مصطفى ديب البغا، الجزء الثالث٠

نقصاً في استمتاعها، فاستمتاع المرأة لا يتم إلا بعد الإنزال. وعلى هذا ففي عدم استئذانها تفويت لكمال استمتاعها، وتفويت لما يكون من الأولاد، ولهذا اشترطوا أن يكون بإذنها(1) .

خلاصة القول يعتبر الإجهاض من وجهة نظر معارضيه من أكبر التهديدات التي تواجه الحق في الحياة، بل ويعد من أبشع الجرائم التي تئد البراءة الإنسانية. ومع ذلك فيؤكد مؤيدو الإجهاض على حق المرأة في الحرية الشخصية والخصوصية مستندين في ذلك إلى ما أقرته المعاهدات والمنظمات الدولية ومعظم التشريعات الوضعية.

ونحن نرى أن الاختلاف بين المؤيدين والمعارضين تأسس على اختلاف الاعتبارات التي استند إليها كل منهم، فمن زاوية إذا أعطينا الأولوية للحياة الإنسانية، فيكون إسقاط الجنين الناتج عن حمل غير مرغوب فيه، بمثابة اعتداء على الحق في الحياة، وإهدارها دون مسوغ شرعي أو قانوني. ومن زاوية أخرى إذا نظرنا إلى حق المرأة في الاختيار والخصوصية وحرية التصرف في حياتها الخاصة، فنجد أن المعاهدات والمواثيق الدولية والتشريعات الوضعية تؤكد على احترام هذا الحق والعمل على مناهضته. ومازال الاختلاف قائماً حول لمن تكون الأولوية فهل تكون لحق الجنين في الحياة أم لحق أمه في الاختيار؟.إلا أن التشريع الإسلامي والمنظمات الإسلامية حسمت هذا الموقف، وهو ما نتناوله لاحقاً.

(1) المغني شرح مختصر الخرقي، للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفي في عام ٦٢٠هـ، مطبعة عالم الكتب، بيروت.

المبحث الثالث

موقف الفقه الإسلامي من الإجهاض

تمهيد:-

في بحثنا للنصوص التشريعية - من قرآن كريم وسنة نبوية شريفة- لم تجد نصوصا مباشرة وصريحة تبين حكم الإجهاض، بل جاءت نصوص القرآن الكريم عامة في تحريم قتل النفس بغير حق، والذي يعد من أكبر الكبائر في حق الله سبحانه وتعالى، فقال عز من قائل{وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا} (1). وورد في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة المراحل التي يمر بها الإنسان، ومع ذلك لم ترد نصوص خاصة بحكم الإجهاض. الأمر الذي دعا الفقه الإسلامي إلى البحث والتفسير، وهو ما نتج عنه اختلافهم في بيان أحكام الإجهاض من حيث إباحته أو تجريمه، وهو ما نتعرض له من خلال بيان الآتي:-

المطلب الأول: حكم الإجهاض قبل مرور أربعة أشهر (قبل نفخ الروح).

المطلب الثاني: حكم الإجهاض بعد مرور أربعة أشهر (بعد نفخ الروح)

المطلب الأول

حكم الإجهاض قبل مرور أربعة أشهر

(قبل نفخ الروح)

تمهيد:-

اختلف العلماء في بيان حكم الإجهاض قبل مرور أربعة أشهر وقبل نفخ الروح فيه. بل تعددت أحكامهم وأقوالهم في حكم الإجهاض قبل الأربعين يوما الأولى، وحكم الإجهاض فيما بين أربعين يوما وأربعة أشهر. وذلك على النحو التالي:-

---

(1) سورة النساء، الأية رقم ٩٣ .

الفرع الأول

حكم الإجهاض قبل مرور أربعين يوماً

اختلف الفقهاء في حكم إجهاض الجنين، وعلى الأخص أولى مراحل تخلقه وهي مرحلة النطفة، وذلك إلى أقوال ومذاهب متعددة.

الاتجاه الأول: تحريم الإجهاض مطلقاً في مرحلة النطفة.

اتجه الحنفية وجمهور المالكية والغزالي وابن رجب وبعض الحنابلة وبعض أهل الظاهرية وابن تيمية، إلى تحريم الإجهاض مطلقاً في مرحلة النطفة.(1)

وقد جاء في الشرح الكبير للدردير "لا يجوز إخراج المني المتكّون في الرحم، ولو قبل الأربعين يوماً".(2) .

ويقول الغزالي "وليس هذا - أي العزل- كالإجهاض والوأد، لأن ذلك جناية على موجود حاصل، وله أيضاً مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً".(3)

وجاء في تحفة المحتاج "اختلفوا في التسبب لإسقاط ما لم يصل لحد نفخ الروح فيه، وهو مائة وعشرون يوماً، والذي يتجه وفقاً لابن العماد وغيره الحرمه، ولا يشكل عليه جواز العزل لوضوح الفرق

---

1) "إحياء علوم الدين للغزالي" لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفي عام ٥٠٥ هـ، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت، ص ٥٨ . كذلك انظر " المحلي" لابن محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، مكتبة الجمهورية، الجزء الحادي عشر، سنة ١٣٩٢ هـ، ١٩٧٢ م، ص ٣٤ .

2) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير"، للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المتوفي سنة ١٢٣٠هـ، المطبعة الأزهرية، سنة ١٣٤٥ هـ، ص ٢٦٩ .

3) إحياء علوم الدين للغزالي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٨ .

بينهما، بأن المني حال نزوله محض جماد لم يتهيأ للحياة بوجه، بخلافه بعد استقراره في الرحم، وأخذه في مبادئ التخلق".([1])

وقال ابن حزم "وأما إذا لم يوقن أنه تجاوز مائة وعشرين ليلة، فنحن على يقين من أنه لم يحى قط، فإذا لم يحى قط ولا كان له روح بعد، وإنما هو ماء أو علقة من دم أو مضغة من عضل أو عظام ولحم، فهو في كل ذلك بعض أمه، فالغرة لها بلا شك".([2])

وجاء في نهاية المحتاج "اختلف أهل العلم في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين، قيل: لا يثبت لها حكم السقط والوأد، وقيل: لها حرمة ولا يباح إفسادها، ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم".([3])

واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى عدد من الحجج والتي مَن أهمها:-

١- اعتبار الإسقاط من قبيل الوأد، وهو حرام شرعاً لقوله تعالى {وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ، بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ}.([4]) فإجهاض الحمل يشبه فعل المشركين في عصر الجاهلية.

٢- استندوا إلى قوله تعالى { أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ (٢٠) فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ}.([5]) فالله سبحانه وتعالى وصف الرحم بأنه قرار مكين، أي أنه حافظ لما يودع فيه من الماء، والذي لا يجوز انتهاكه إلا لأمر ضروري، فالقول بالجواز فيه انتهاك لحرمة هذا القرار.

٣- أن النطفة هي أصل الإنسان، فهي معدة ومهيأة للحياة، ومن ثم

---

[1]) "تحفة المحتاج بشرح المنهاج" لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، الجزء السابع، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ١٨٦ .

[2]) المحلي لابن حزم، المرجع السابق، الجزء الحادي عشر، ص ٣٣، ٣٤ .

[3]) "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" لأبو عباس الرملي، الجزء الثامن، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، سنة ١٣٠٤هـ، ص ٤٤٢ .

[4]) سورة التكوير، الأيات رقم ٨، ٩ .

[5]) سورة المرسلات، الأيات رقم ٢٠، ٢١ .

يجب ضمانها ويحرم إجهاضها، وذلك قياساً على ضمان بيض الصيد.[1] قال تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ}[2]. فيكون الأولى بالتحريم هو النفس البشرية.

٤- إذا امتزج ماء الرجل بماء المرأة، فيعتبر ذلك إيجاباً وقبولاً كالعقود، والرجوع عن هذا العقد بعد القبول يعتبر فسخاً، فإذا اتفق الطرفان على العقد كان لازماً، ولا يجوز لأي طرف فسخه لتعلق حق الغير به، إلا إذا تراضيا على الفسخ، والجنين في هذه الحالة يعد أحد أطراف العقد، ومن ثم لا يمكن معرفة رضاه فيكون الإجهاض محرماً.[3]

٥- أن الإسقاط جناية على موجود حاصل، والوجود له مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بالبويضة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك يعد جناية، فإذا صارت علقة كانت الجناية أفحش، وإذا نفخت فيه الروح واستوت فيه الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً، ومنتهى التفاحش في الجناية عليه بعد انفصاله حياً.[4]

الاتجاه الثاني: إجهاض الحمل في مرحلة النفسفة يكره ولا يحرم.

اتجه بعض المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، إلى أن إجهاض الحمل في مرحلة النطفة يكره ولكنه غير محرم.[5]

---

[1]) حاشية ابن عابدين،المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٨٥ .

[2]) سورة المائدة، الأية رقم ٩٥ .

[3]) إحياء علوم الدين للغزالي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٨ .

[4]) إحياء علوم الدين للغزالي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٧٣٦ .

[5]) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٨٥ . حاشية الدسوقي،المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٦٧ . كذلك انظر نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤٤٢ .

فجاء في حاشية ابن عابدين " لو أرادت الإلقاء قبل زمن ينفخ فيه الروح، هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه على بن موسى يقول: إنه يكره، ونحوه في الظهيرية، قال ابن وهبان: فإباحة الإسقاط محموله على حالة العذر، أو أنها لا تأثم إثم القتل".[1]

وجاء في حاشية الدسوقي"وكذلك لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم، وقيل يكره إخراجه قبل الأربعين".[2]

كما ورد في نهاية المحتاج "وقد يقال: أما حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلاشك في التحريم، وأما قبله فلا يقال إنه خلاف أولى، بل محتمل للتنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة".[3]

الاتجاه الثالث: جواز الإجهاض مطلقاً في مرحلة النطفة:

اتجه جمهور الحنفية، والراجح في الشافعية، وبعض المالكية، والرملي، إلى جواز إسقاط الجنين في مرحلة النطفة.[4]

جاء في نهاية المحتاج "وقال المحب الطبري: اختلف أهل العلم في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين، قيل: لا يثبت لها حكم السقط والوأد، ثم قال: والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقاً، وجوازه قبله".[5]

وجاء في حاشية ابن عابدين " قال في النهر: هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ يباح ما لم يتخلق منه شئ، ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو

---

[1]) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٨٥ .

[2]) حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٦٧ .

[3]) نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤٤٢ .

[4]) نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤٤٢ .

[5]) نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤٤٢ .

غلط، لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة، واختلافهم يفيد عدم توقف جواز إسقاطها قبل المدة المذكورة على إذن الزوجة".([1])

أما تفسير القرطبي فجاء فيه أن" النطفة ليست بشئ يقيناً، ولا يتعلق بها حكم إذا ألقتها المرأة، إذا لم تجتمع في الرحم، فهي كما لو كانت في صلب الرجل".([2])

واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الأدلة التالية:-

١- قوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ}.([3])

٢- ما روي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن النطفة تكون في الرحم أربعين يوماً على حالها لا تتغير، فإذا مضت الأربعون صارت علقة، ثم مضغة كذلك، ثم عظاماً كذلك، فإذا أراد الله أن يسوي خلقه بعث إليه ملكاً، فيقول الملك الذي يليه: أي رب أذكر أم أنثى؟ أشقي أم سعيد؟ أقصير أم طويل؟ أناقص أم زائد؟ قوته وأجله؟ أصحيح أم سقيم؟ قال: فيكتب ذلك كله، فقال رجل من القوم: ففيم العمل إذاً، وقد فرغ من هذا كله؟ قال:اعملوا فكل سيوجه لما خلق له".([4]) فهذا الحديث الشريف يدل على أن التصوير والخلق يكون في الأربعين الثانية، وبالتالي فقبل هذه المدة لا يُخلق منه شئ، فيجوز إسقاطه، لأنه لم يتغير عن النطفة فهو محض جماد.

٣- إذا لم يتخلق الجنين فهو ليس آدمياً، ومادام أنه لم يكن آدمياً

---

[1]) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٣٣٤.

[2]) "الجامع لأحكام القرآن للقرطبي" لأبو عبدالله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الثاني عشر، ص ٨.

[3]) سورة الحج، الأية رقم ٥.

[4]) "مسند الإمام احمد ابن حنبل"، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، الجزء الأول، سنة ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ص ٤٣٠.

الفرع الثاني
حكم الإجهاض فيما بين أربعين يوماً وأربعة أشهر

اختلف الفقهاء في بيان حكم الإجهاض في الفترة ما بعد مرور الأربعين الأولى وانتهاء الأربعة أشهر الأولى؛ ذلك لأن بعد الأربعين الأولى يتحول الجنين إلى مرحلة التخلق والتصور، ونتعرض لبيان تلك الآراء كالتالي:-

الاتجاه الأول: تحريم الإجهاض مطلقاً إذا كان الجنين في مرحلتي العلقة أو المضغة.

ذهب المالكية وجمهور الحنابلة وبعض الحنفية وبعض الشافعية وبعض قول الظاهرية، إلى تحريم الإجهاض إذا كان الجنين في مرحلة العلقة أو المضغة، واستدلوا على ذلك بنفس الأدلة التي استدلوا بها على تحريم الإجهاض في مرحلة النطفة.[1]

يقول الشافعي "أقل ما يكون به جنيناً أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شئ من خلق آدمي، كإصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك، وأن هذا لا يكون إلا بعد مرور اثنين وأربعين ليلة، ودخول النطفة في أول أطوار التخلق".[2]

وجاء في المغني "وإن ألقت مضغة، فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة، ففيه غرة".[3]

الاتجاه الثاني: يكره الإجهاض في مرحلتي العلقة والمضغة ولا يحرم.

اتجه بعض الحنفية وبعض الشافعية إلى كراهة الإجهاض في

---

[1]) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ١٨٥ . كذلك انظر إحياء علوم الدين للغزالي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٥٨ . انظر أيضاً المحلي لابن حزم، مرجع سابق، الجزء الحادي عشر، ص ٣٣ .

[2]) الأم للشافعي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ١٤٣ .

[3]) المغني لابن قدامة، المرجع السابق، الجزء السابع، ص ٨٠٢ .

هاتين المرحلتين. حيث جاء في نهاية المحتاج "وأما ما قبله - أي قبل نفخ الروح- فلا يقال أنه خلاف أولى، بل محتمل للتنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة".(١)

واستدل الحنفية على ذلك، بأن الجنين في هذه المراحل يعد أصل الإنسان، ولولا الاعتداء عليه لنفخت فيه الروح واكتمل وأصبح إنساناً. ومن ثم يكره إجهاضه والاعتداء عليه حفاظاً على النفس البشرية.(٢)

الاتجاه الثالث: جواز الإجهاض مطلقاً في هاتين المرحلتين.

وهو القول الراجح في مذهب الشافعية والحنفية وبعض الحنابلة وبعض الشافعية. فجاء في تكملة البحر الرائق "امرأة عالجت في إسقاط ولدها، لا تأثم ما لم تستبن شئ من خلق". وجاء أيضاً "لأنه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوماً، أربعين يوماً نطفة، وأربعين علقة، وأربعين مضغة، ثم ينفخ فيه الروح".(٣)

وجاء في حاشية الجمل "قال الكرابيسي: سألت أبا بكر بن أبي سعيد الفراتي، عن رجل سقي جارية شراباً لتسقط ولدها، فقال مادام نطفة أو علقة فواسع، أي جائز له ذلك إن شاء الله تعالى".(٤)

خلاصة ذلك نميل إلى ما انتهينا إليه سابقاً من تحريم الإجهاض في جميع المراحل التي يمر بها الجنين. فإن كنا نرى تحريم الاعتداء على النطفة، فمن باب أولى تحريم الاعتداء على المضغة أو العلقة. كما أن الجنين في مرحلة العلقة والمضغة قد قارب إلى مرحلة نفخ

---

١) نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤٤٢ .

٢) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٨٥ .

٣) "حاشية منحة الخالق" لابن عابدين على هامش كتاب البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي بدون دار نشر، وبدون سنة نشر الجزء الثامن، ص ٢٣٣ .

٤) الحسين بن علي بن يزيد الكرابيسي أبو على البغدادي، فقيه بغداد، مشار إليه، إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص٣١٠ .

الروح، ومن ثم فالاعتداء عليه يعد من قبيل الجناية، فإذا وجد عذر فيجوز الإجهاض في تلك المرحلة، فيقول الرملي"لو كانت النطفة من زنا، فقد يتخيل الجواز قبل نفخ الروح".([1])

وجاء في ندوة الإنجاب التي عقدت في الكويت في ١٤٠٣/٨/١١هـ، حيث استعرضت الندوة آراء الفقهاء السابقين، وما دلت عليه من فكر ثاقب ونظر سديد، وأنهم أجمعوا على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح أي بعد أربعة أشهر، وأن آراءهم في الإجهاض قبل نفخ الروح اختلفت، فمنهم من حرم بإطلاق أو كراهة ومنهم من حرمه بعد أربعين يوماً وأجازه قبل الأربعين على خلاف في وجود العذر، وقد استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية الطبية المعاصرة، والتي بينتها الأبحاث والتقنية الطبية الحديثة؛ فخلصت إلى أن الجنين حي من بداية الحمل، وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح، وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى، وخالف بعض المشاركين فرأى جوازه قبل تمام الأربعين يوماً وخاصة عند وجود الأعذار.([2])

أما هيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية، قررت في قرارها رقم ١٤٠ بتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠هـ، بأنه "لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقة أو مضغة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطر على سلامة أمه، بأن يخشى عليها الهلاك من استمراره، جاز إسقاطه بعد

---

[1]) نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٤١٦ .

١) "عرض الجانب الفقهي لتاريخ المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية منذ نشأتها في يناي١٩٨١ م، ثم ندوتها الفقهية الأولى في مايو ١٩٨٣م حتى ندوتها الخامسة عشر في أكتوبر ٢٠٠٢م" مقدم إلى المؤتمر العالمي الثامن الذي تعقده المنظمة بالقاهرة تحت عنوان" الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية"، كذلك " حيثيات الأحكام الشرعية لبعض المسائل الطبية"، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، منشور عبر موقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٣/٨ www.islamset.com/ioms/code2004/arabic/aosama.doc.

استنفاد كافة الوسائل لتلافي تلك الأخطار".([1])

المطلب الثاني
حكم الإجهاض بعد مرور أربعة أشهر
(بعد نفخ الروح)

أجمع الفقهاء على أن قتل الجنين بعد نفخ الروح فيه محرم حرمة تامة؛ لأنه بمثابة اعتداء على نفس إنسانية بغير حق. فالجنين عندما تنفخ فيه الروح يتحول إلى خلق آخر، استنادا إلى قوله تعالى {فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ}([2]). فالله سبحانة وتعالى أخبر في كتابه العزيز، بأن الروح التي يبعثها في الإنسان هي السبب في اكتسابه الآدمية، ومن ثم استحقاقه التكريم، حيث يقول عز من قائل {فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ}.([3])

يتضح من ذلك أن حياه الجنين تبدأ بمجرد نفخ الروح فيه، واتفق الفقهاء جميعاً على أن نفخ الروح يكون بعد أربعة شهور في رحم أمه، أي بعد مائة وعشرين يوما.

يقول القرطبي"لم يختلف العلماء أن نفخ الروح فيه- أي الجنين- يكون بعد مائة وعشرين يوماً، وذلك تمام أربعة أشهر ودخول الخامس، وعليه يعول فيما يحتاج إليه من الأحكام".([4])

ويقول ابن حزم" الجنين بعد المائة وعشرين ليلة حي بنص خبر

---

[1]) الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي، سابق الإشارة إليه.

[2]) سورة المؤمنون، الأية رقم ١٤.

[3]) سورة الحجر، الأية رقم ٢٩.

[4]) "الجامع لأحكام القرآن" للإمام ابي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، المتوفي في ٦٧١هـ. الجزء الثاني عشر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ص ٧.

كما أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ١٥ رجب ١٤١٠هـ الموافق ١٠ فبراير ١٩٩٠م إلى ٢٢ رجب ١٤١٠هـ الموافق ١٧ فبراير ١٩٩٠م، قرر ما يلي:-

- إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً لا يجوز إسقاطه- ولو كان التقرير الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة- إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين لأن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء أكان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين.

- قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في ٠٠عده ستكون حياته سيئة، وآلاماً عليه وعلى أهله. فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين.

وصدرت فتوى دار الإفتاء المصرية بأن" الفقهاء المسلمين اتفقوا على أنه لا يجوز إسقاط الحمل بعد أن تنفخ فيه الروح وتدب فيه الحياة العادية الكاملة بعد مائة وعشرين يوماً من تاريخ حصول الحمل كما قالوا. ويعتبر إسقاط الحمل في هذه الحالة جناية على حي، وجريمة يعاقب مرتكبها بالعقوبة الدنيوية والأخروية. غير أنه إذا كان في بقاء هذا الحمل واستمراره إلى وقت الوضع خطراً على حياة الأم بتقرير الأطباء المتخصصين ذوي الكفاية والأمانة، فإنه يباح إسقاطه. بل يجب إذا تعين طريقاً للإنقاذ من الخطر، أي لإنقاذ حياة أمه من الخطر".([1])

---

[1]) فتوى الشيخ أحمد هريدي، صادرة عن دار الإفتاء المصرية عام ١٩٦٨ .

الباب الثاني
الأركان العامة في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

يقصد بالأركان العامة للجريمة، العناصر التي يتعين توافرها للقول بوجود أي جريمة قانوناً. بحيث إذا تخلف ركن منها لا توجد الجريمة. فالمشرع يراعي توافر هذه الأركان، ثم يحدد شكل وطبيعة كل منها في كل جريمة على حده.

بناء على ذلك عندما يباشر المشرع مهمته في التجريم، يتجه أولاً إلى تحديد المصالح التي يراها جديرة بالحماية ويقرر للاعتداء عليها أو تهديدها عقاباً معيناً. ويحدد المشرع بنصوص خاصة النموذج المكون للفعل الذي يرى فيه اعتداء على المصلحة محل حمايته. فيشترط أن يكون صادراً عن إنسان وأن يكون قد ارتكب في ظروف معينة وهذا ما يعرف (الركن المادي). وأن يقع ارتكابه في ظروف نفسية معينة حتى يجلب الفعل الاستهجان الاجتماعي، ومن هنا يحدد المشرع في النص القانوني أي وضع نفسي أو أخلاقي يجب أن يضفي على الفعل المحظور لكي يصبح جريمة وهذا هو (الركن المعنوي).[1] ولا ننسى الشرط المسبق في الجريمة وهو الشرط الذي يتعين توافره قبل توافر أركان الجريمة، والذي يتمثل في الجريمة محل بحثنا في ضرورة توافر شرط وجود الحمل، فيشترط وجود امرأة حامل؛ ذلك لأن محل الاعتداء في هذه الجريمة هو الحمل.

والركن المادي للجريمة هو العمل الخارجي الذي تظهر به الجريمة إلى العالم الخارجي، ويتمثل هذا العمل في السلوك الذي يصدر عن الجاني والنتيجة المترتبة على هذا السلوك، وعلاقة

---

[1]) د. عبد الرءوف مهدي "شرح القواعد العامة لقانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩، ص ٣٧٠،٣٧١.

السببية، وإذا تخلف كله أو بعضه كان مانعاً من وجود الجريمة[1]. ويتكون الركن المادي في جرائم الإجهاض من ثلاثة عناصر هي السلوك الإجرامي وهو ما يصدر عن الجاني والذي يتمثل في الفعل المؤدي إلى الإسقاط، والنتيجة الإجرامية والمتمثلة في موت الجنين داخل الرحم أو خروجه منه قبل موعد ولادته الطبيعية ولو خرج حياً وقابلاً للحياة، وأخيراً علاقة السببية التي تربط بين السلوك الإجرامي والنتيجة والتي تفيد أن السلوك المحظور هو السبب الذي أدى إلى وقوع الجريمة .

وقد يكون مرتكب الفعل الإجرامي شخصاً واحداً ويسمى الفاعل الأصلي- سواء كان وحده أو مع غيره- وتسمى "بالمساهمة التبعية الأصلية". وقد ترتكب الجريمة بإسهام الشخص في الجريمة بدور ثانوي، يجعل منه مجرد شريك في ارتكاب الجريمة، فلا يدخل فعله في الركن المادي للجريمة رغم اتصاله بها بطريق غير مباشر وتسمى "بالمساهمة الجنائية التبعية".وهو ما نتناوله عند بحثنا المساهمة الجنائية في جرائم الإجهاض.

أما الركن المعنوي في جرائم الإجهاض، فقد اتجهت أغلب التشريعات الجنائية إلى اعتبار الإجهاض جريمة عمدية، بمعنى أن الركن المعنوي فيها يأخذ صورة القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي، ويشترط لتوافر القصد الجنائي، وجود عنصرين، حيث يتمثل الأول في العلم بأركان الجريمة وعناصرها كما عرفها القانون، أما الثاني فيتمثل في اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب

---

[1]) د. احمد شوقي ابو خطوة "شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ٢٢٠ – انظر أيضاً د.عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٣٨٧ . أيضاً انظر د. احمد عوض بلال "مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٥٥ .

الإجهاض، وهو ما نعرض له لاحقاً.

وسوف نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاث، وذلك على النحو التالي:-

الفصل الأول: الشرط المسبق في جريمة الإجهاض.

الفصل الثاني: الركن المادي لجريمة الإجهاض.

الفصل الثالث: الركن المعنوي لجريمة الإجهاض.

الفصل الأول
الشرط المسبق في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

الشرط المسبق في الجريمة هو الشرط الذي يتعين توافره قبل توافر أركان الجريمة، فهو وضع سابق على ارتكاب الجريمة يستلزم القانون وجوده، من أجل القول بقيام جريمة وتحديد نوعها ما إذا كانت جناية أو جنحة، وبالتالي فهو ليس جزءاً من الجريمة .

يبدو أنه إذا كان من الضروري أن يبدأ وجود الشرط المسبق قبل ارتكاب الركن المادي للجريمة، إلا أنه يتعين أن يستمر وجوده في وقت معاصر لارتكاب النشاط أو السلوك الإجرامي .

وتتضح أهمية التفرقة بين الشرط المسبق وركن الجريمة في عدة نواح قانونية، فمن ناحية فإثبات وجود الشرط المسبق يخضع لطرق إثبات فرع القانون غير الجنائي الذي ينبع منه، بينما إثبات أركان الجريمة يتم بكافة طرق الإثبات[1] . ومن جهة أخرى فإن الاختصاص المكاني للسلطات والمحاكم الجنائية، يتحدد على أساس المكان الذي وقعت فيه أركان الجريمة، بعكس المكان الذي يقع فيه الشرط المسبق فلا أهمية له من ناحية الاختصاص. وأخيراً فبينما يحدد الشرط المسبق الأوضاع القانونية أو الواقعية التي يحميها القانون، فإن أركان الجريمة تمثل الاعتداء المحظور على هذه الأوضاع [2] .

ونلاحظ أن المشرع عندما يضع نصاً خاصاً يجرم به فعلاً معيناً،

---

[1]) د. محمود مصطفى "الإثبات في المواد الجنائية "، الجزء الأول،بدون دار نشر، سنة ١٩٧٧، ص ٧٩ .

[2]) د.أحمد فتحي سرور "الوسيط في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١، ص ٢٥٦ . انظر أيضاً د. عبد الرءوف مهدي "شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " طبعة نادي القضاة، سنة ٢٠٠٣، ص ١٠٢٢ .

فإن وجود المصلحة المراد حمايتها أمر مفترض لمجرد وجود هذا النص، والتي لولا رغبة المشرع في حمايتها ما جرم هذا الفعل بنصوص خاصة، والمصلحة التي ابتغى المشرع حمايتها من وراء تجريم صور خاصة بالإجهاض، تتمثل في مراعاة حق المرأة في الإنجاب، كذلك الحفاظ على حق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية خالية من العيوب والأمراض، وأخيرا حق المجتمع في التكاثر والنماء، ونتعرض لبيان اشتراط الحمل كشرط مسبق في الجريمة ثم نبين مفهوم ذلك الحمل ومراحل تكوينه المختلفة، ومدى الحماية القانونية المقررة له، وذلك من خلال بيان الآتي:-

المبحث الأول : اشتراط الحمل كشرط مسبق في جرائم الإجهاض.

المبحث الثاني: مفهوم الجنين، وكيفية تكوينه.

المبحث الأول
اشتراط الحمل كشرط مسبق في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

الشرط المسبق في الجريمة- كما سبق بيانه- هو الشرط الذي يتعين توافره قبل توافر أركان الجريمة، فهو وضع سابق على ارتكاب الجريمة يستلزم القانون وجوده من أجل القول بقيام جريمة وتحديد نوعها ما إذا كانت جناية أو جنحة، وبالتالي فهو ليس جزءاً من الجريمة،

والشرط المسبق في جريمة الإسقاط هو شرط وجود الحمل، فيشترط وجود امرأة حامل؛ ذلك لأن محلّ الاعتداء في هذه الجريمة هو الحمل، وهو ما يطلق عليه" الجنين مستكناً في الرحم" والذي يتم طرده أو إخراجه خارج الرحم بفعل الإسقاط قبل موعد ولادته الطبيعية، فقبل بداية الحمل لا يمكن القول بوجود حماية جنائية؛ ذلك لعدم وجود جنين، وبعد نهاية الحمل يصبح إنساناً تحميه النصوص الجنائية التي تحمي الأشخاص،

ترتيباً على ذلك يلزم وقوع فعل الإسقاط على امرأة حامل، فإذا لم تكن المرأة حاملاً واعتقد الفاعل على خلاف الحقيقة أنها حامل، فلا محل للقول بقيام جريمة الإسقاط؛ وذلك لتخلف الشرط المسبق لقيام الجريمة؛ وحيث لا يمكن العقاب على جريمة مستحيلة .

ونصت المادة ٢٦٠ عقوبات مصري على هذا الشرط بقولها "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، يعاقب بالسجن المشدد ". حيث اشترط المشرع أن يقع الفعل على امرأة وأن تكون حبلى. كما أكد على ذلك أيضاً في نص المادة ٢٦٢ عقوبات بقوله "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال

وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها، سواء برضائها أم لا، يعاقب بالحبس"· فقد أراد بذلك التأكيد على وقوع الإسقاط بخروج الجنين وطرده، الأمر الذي يستلزم وجود جنين أصلاً داخل الرحم حتى يمكن إسقاطه · ويقصد بلفظ امرأة هنا كل أنثى سواء أكانت متزوجة أم لا، بكراً أم ثيباً · ذلك لأن علم الطب أثبت أن الفتاة يمكن أن تحمل ولو كانت عذراء، كما أنه يمكن إجهاضها أيضاً في أيام الحمل الأولى مع بقائها عذراء ودون المساس بعذريتها·(1)

ولا يكفي مجرد وجود جنين داخل الرحم· بل يلزم أيضاً أن يكون هذا الجنين حياً وقت اقتراف فعل الإسقاط؛ ذلك لأنه إذا كان ميتاً وقت ارتكاب الفعل المؤدي إلى طرده خارج الرحم، فإن المحل الذي يهدف القانون إلى حمايته حتى موعد ولادته الطبيعي ينعدم· يضاف إلى ذلك أنه في حالة عدم وجود جنين حي، ينعدم الشرط المسبق في وجود حمل بالفعل· ويعتبر الاعتداء الذي يقع على جسم المرأة في هذه الحالة من قبيل الجرح أو الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء المنصوص عليها في المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٢ من قانون العقوبات المصري.

وقد ثار خلاف حول نطاق الحماية الجنائية التي تحيط بالجنين، سواء في الفقه أم في التشريعات الوضعية· الأمر الذي يلزم معه بيان متى يبدأ الحمل؟ ومتى ينتهي؟ حيث إن النصوص القانونية التي تحمي الجنين تبدأ مع بداية الحمل وتنتهي بنهايته· وهو ما سيتم بيانه على النحو التالي:-

المطلب الأول: بداية الحمل ·

المطلب الثاني: نهاية الحمل ·

المطلب الثالث: نطاق الحماية الجنائية للجنين خارج الرحم·

---

(1) د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، سنة١٩٥٨، ص٩٤ ·

المطلب الأول
بداية الحمل

أولاً: بداية الحمل في رأي الفقه.

اتجه غالبية الفقه إلى أن الحمل يبدأ مع التلقيح "الإخصاب"، أي بتلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة. فعند اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين وتعد المرأة حاملاً. فالحمل يبدأ منذ لحظة الإخصاب، ومن ثم يبدأ سريان النصوص الجنائية التي تحمي الجنين والخاصة بالإجهاض؛ ذلك لأن وجود الحمل يتم متى تم تلقيح البويضة أياً كان عمرها ([1]). ترتيباً على ذلك فالإجهاض يمكن أن يقع ولو كان الحمل في ساعاته أو أيامه الأولى، أي حتى قبل تشكل الجنين أو تكوينه، فلا يشترط أن يبلغ الجنين درجة معينة من النمو. ولا يشترط كذلك أن تمضي مدة معينة على عملية الإخصاب. فالجنين يستحق الحماية ولو كان مجرد بويضة ملقحة .

وذهب رأي في الفقه إلى أن الأفعال التي تستهدف الحيلولة دون الإخصاب- أي أفعال أو وسائل منع الحمل- لا تعد من قبيل الإجهاض. ولا فرق بين الأفعال التي ينبغي منها منع الحيوان المنوي من الدخول في جسم المرأة كاستعمال الواقي الذكري.أو أفعال تفترض دخوله وتستهدف منعه من الوصول إلى البويضة أو منعه من تلقيحها، كاستعمال اللولب([2]).

بينما اتجه رأي آخر في الفقه إلى أن بداية الحمل تبدأ بتمام زراعة

---

[1]) انظر في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢ . انظر أيضاً د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٨ .

كذلك انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٣٠ . انظر كذلك د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٣٥ .

[2]) انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢ .

و ستقرار البويضة الملقحة في الرحم، وهذه الزراعة تتراخى عن عملية التلقيح بحوالي ثلاثة عشر يوماً، ذلك لأن البويضة الملقحة تبقى في قناة الرحم لمدة ثلاثة أيام بعد التلقيح، ثم تمكث في الرحم لمدة عشرة أيام، وبعد انتهاء هذه المدة تقوم بالالتصاق في جدار الرحم، وهو ما يطلق عليه "عملية الزراعة"(1) ·

واتجه رأي إلى أن الحمل يبدأ بتقابل الحيوان المنوي والبويضة للتخصيب، وفي اليوم الأول من الحمل يكتمل البناء الجيني، ويتم تحديد لون العين والجنس وحتى البنية، وهذا التكوين يكون موجودا في قناة فالوب في الرحم، أما اليوم الثاني عشر من الحمل، يتم انتقال البويضة المخصبة إلى الرحم وزراعته فيه، وفي اليوم السابع عشر تتطور خلايا الدم الخاصة به،وفي اليوم الواحد والعشرين، يبدأ القلب في النبض، أما اليوم السادس والعشرون، فيتم تأسيس الجهاز العصبي المركزي، وفي اليوم الثلاثين يتم تدفق الدم بانتظام داخل الجهاز الدوري، وتبدأ الأذن والأنف في النمو، أما اليوم الثاني والأربعون يتشكل الهيكل العظمي وتكوين الكبد والكلي والرئتين، وفي اليوم السادس والخمسون، فجميع أعضاء الجنين تعمل فيما عدا الرئتين، وفي اليوم الخامس والستون تتكون يد الطفل وكفيه، ويستطيع أن يقفز لأعلى وأسفل في رحم الأم،ويصبح طول الطفل نصف طوله بعد الولادة، ويضخ قلبه حوالي ٥٠ باينت من الدم يومياً في الأسبوع السادس عشر، ويستطيع الطفل سماع عمليات الهضم الخاصة بأمه ونبض قلبها وصوتها، وكذلك الأصوات خارج جسدها في الأسبوع الثامن والعشرين، وفي الشهر التاسع يولد كاملا، يتضح من ذلك أن الجنين يستطيع أن يشعر بالألم في مرحلة مبكرة من الحمل، وبخاصة منذ بداية الشهر السادس من الحمل، بل ويعد

(1) د. منال منجد، المرجع السابق، ص ٤٥ ·

الاعتداء عليه في بعض الحالات عائقاً له حتى ميعاد ولادته، ومن ثم يلزم توفير الحماية الجنائية اللازمة للجنين منذ أول يوم بتكوينه، وحتى ميلاده حياً٠(1)

ونحن نرجح الرأي الأول والذي يعتبر أن الحمل يبدأ منذ لحظة الإخصاب، حيث إن الاندماج بين البويضة والحيوان المنوي ينتج عنه ما يسمى بالحمل المستكن، والذي يكون محل حماية النصوص الجنائية٠ أما الرأي الثاني فهو لا يحقق الحماية الفعالة للجنين؛ ذلك أن الفترة الزمنية بين التلقيح والزراعة لا يتحقق فيها الحمل، وهوما يعني أن الاعتداء الواقع على البويضة الملقحة في هذه الفترة الزمنية لا يشكل فعل الإسقاط وهو أمر نراه غير مقبول ٠

ثانياً: موقف القضاء من بداية الحمل٠

أكدت أحكام القضاء المصري على ضرورة وجود امرأة حامل، حتى يمكن القول بوقوع جريمة الإجهاض٠ كما اشترط أيضاً أن يكون هذا الجنين حياً٠ حيث قضت محكمة النقض بأنه "يجب قانوناً لصحة الحكم بالإدانة في جريمة الإسقاط العمدي، أن تبين فيه وجود جنين حي- حمل- وفعل الإسقاط العمدي دون ضرورة، ويقصد بالإسقاط فعل من شأنه موت الجنين أو إنزاله قبل الميعاد الطبيعي لولادته، وأن يبين علاقة السببية بين فعل الإسقاط وبين موت الجنين أو نزوله قبل الميعاد الطبيعي، بما يفيد أن الموت أو نزول الجنين كان نتيجة لفعل الإسقاط، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى إدانة الطاعن استناداً إلى أقوال ٠٠٠و٠٠٠٠ والطبيب الشرعي وتقرير الصفة التشريحية والمعاينة والصور المضبوطة، وكان ما أورده الحكم منها لا يستدل منه على أن الأجنة كانت حية قبل إسقاطها، كما أن

---

1)Reffered to; Case of Bowman v. The United Kingdom, (141/1996/760/961). Judgment, Strasbourg 19 February 1998.

التقرير الطبي الشرعي لم يخلص إلى ذلك، ولم تجر المحكمة التحقيق اللازم في هذا الشأن وصولاً إلى توافر هذا الأمر، باعتباره ركناً من أركان الجريمة، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد بين واقعة الدعوى بياناً تتحقق به أركان جريمة الإسقاط العمدي التي دان الطاعن بها، بما يعيبه بالقصور في التسبيب ويوجب نقضه"(1).

وقد أكد القضاء أن الإجهاض يمكن أن يقع ولو كان الحمل في ساعاته الأولى، وحتى قبل أن يتشكل الجنين، أو تدب فيه الروح. كما أكدت محكمة النقض أيضاً رفضها إباحة إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة أشهر، استناداً إلى أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك وقررت أن "المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التي ترتكب عملا بحق يقرره القانون بصفة عامة، وتجريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار الفعل مرتكبا بحق، وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانيها العقاب الذي فرضه الشارع لفعلته، فلا يكون مقبولاً ما عرض إليه المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور، وأن المادة ٦٠ عقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة، وإباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم".(2)

أما القضاء الفرنسي فقد قضي فيما يتعلق بواقعة حادث تصادم سيارتين، وكان المجني عليها امرأة حامل، وتسبب ذلك في خروج الجنين قبل ميعاده، وتوفي بعد ميلاده بساعة نتيجة لتأثير الحادث،

---

(1) نقض ٢٠٠٤/٢/١٩، طعن رقم ٢١٨٣٧ لسنة ٧٣ق، مجلة المحاماة، العدد الرابع، طبعة ٢٠٠٤، ٢٠٠٥ ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(2) نقض ١٩٥٩/١١/٢٣، "مجموعة أحكام النقض"، طعن رقم ١٩٥ لسنة ١٠ ق، ص٩٥٢.

بتوافر جريمة القتل الخطأ للطفل الذي ولد حياً(¹)٠ وهذا يعني أن القضاء الفرنسي اعتبر الجنين إنساناً بولادته حياً٠ ومن ثم أخضع للنصوص الجنائية التي تحمي الإنسان، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام ٢٠٠٤(²)٠ وكانت محكمة النقض الفرنسية قد سبق وقضت في خصوص خطأ صدر من طبيب أدى إلى وفاة وليد بعد ولادته حياً بثلاثة عشر يوماً، بوقوع جريمة القتل الخطأ في هذه الحالة٠(³)

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "ليس للقاضي أن يتدخل في تحديد بداية الحياة، وبث الروح في الجنين، مادام أنه أمام قانون يسمح بالإنهاء الإرادي للحمل، فإنه لو قام بذلك، فهو يجاذف بالدخول في مناقشات فلسفية وأخلاقية تخرج عن نطاق التطبيق القانوني"٠(⁴)

ثالثاً:الاستحالة القانونية عند محاولة الإجهاض٠

يعد الإجهاض جريمة مستحيلة في حالة انتفاء الشرط المسبق وهو وجود الحمل، وتسمى هذه الاستحالة "بالاستحالة القانونية"٠ والتي ترجع إلى عدم توافر شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لوقوع الجريمة٠ ترتيباً على ذلك فمن يحاول إجهاض امرأة وهي غير حامل وكان يعتقد على خلاف الواقع أنها حامل، فإننا نكون أمام استحالة قانونية؛ ذلك لأن الشرط الذي يتطلبه القانون وهو وجود

---

¹) Cour d'appel de Versailles du 30 janvier 2003.

²) Yves Mayaud. Du foetus à l'enfant né vivant... : suite ou fin ? (Cass. crim. 2 déc. 2003, n° 03-82 344, Bull. crim. n° 230, D. 2004), Revue de science criminelle 2004 p. 348.

³) Yves Mayaud, Du foetus à l'enfant né vivant : un bilan d'inégalités !. Revue de science criminelle 2004 p. 83.

⁴) Paris. 15 févr. 1996: Gaz. Pal. 1996. 1, chron. crim. 50.

الحمل قد تخلف وقت ارتكاب الجاني للفعل. ووفقاً لقواعد القانون المصري فلا عقاب على الاستحالة المطلقة أو القانونية، خاصة وأن العقاب على الشروع في الإجهاض مستبعد .

على خلاف ذلك فقد جرم قانون العقوبات الكويتي الإجهاض دون اشتراط كون المرأة حاملا من عدمه. حيث نصت المادة ١٧٤منه على أن "كل من أعطى أو تسبب في إعطاء امرأة حامل كانت أو غير حامل، برضاها أو بغير رضاها، عقاقير أو مواد أخرى مؤذية أو استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصداً بذلك إجهاضها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوزعشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألف دينار".

رابعاً: موقف التشريع الإسلامي من بداية الحمل.

المشرع الإسلامي تحدث عن الأطوار التي يمر بها الجنين داخل الرحم منذ وقت التلقيح، والذي اعتبره أصل التكوين الجنيني وحتي لحظة الولادة، فقال تعالى {فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ (٥) خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ (٦) يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ}[١]. وقال تعالى {ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ}[٢]. والنطفة هنا تعني البويضة الملقحة والتي تكون ناتجة عن التحام الحيوان المنوي بالبويضة، وهذا يدل على أن مرحلة التلقيح تدخل ضمن مراحل تكون الجنين ، بل هي أساس تكوين الجنين . وبالتالي فهي من أحق المراحل الجديرة بالحماية .

---

[١]) سورة الطارق، الآيات رقم ٥،٦،٧ .

[٢]) سورة المؤمنون، الآية رقم ١٣ .

المطلب الثاني
نهاية الحمل

تمهيد:-

تعد اللحظة التي تنتهي فيها مرحلة الحمل لتبدأ فيها الحياة الإنسانية ذات أهمية قصوى؛ ذلك لأن جريمة الإجهاض تقع في الفترة ما بين لحظة بداية الحمل وحتى نهايته، فلا إجهاض قبل بداية الحمل ولا إجهاض بعد نهاية الحمل،فيظل الجنين محتفظاً بهذا الوصف خلال هذه الفترة الزمنية، وبمجرد انتهاء الحمل تنتقل إليه صفة الإنسان، الأمر الذي ترتب عليه اختلاف نطاق الحماية الجنائية لكل منهما؛ حيث أن الجنين في بطن أمه لا يعتبر إنساناً وليس له وجود مستقل ولا حياة مستقلة، وإنما يرتبط كيانه ووجوده بأمه، فنهاية الحمل هي بداية الحياة الإنسانية المستقلة التي يحميها القانون بنصوص تختلف عن النصوص المقررة لحماية الجنين ،

أولاً: موقف التشريعات الجنائية من نهاية الحمل،

اتجهت بعض التشريعات الجنائية إلى تحديد اللحظة التي تبدأ فيها الحياة، في حين سكتت الغالبية، وتعد من بين هذه التشريعات قانون الجزاء الكويتي([1])، حيث نص في المادة ١٥٥ منه على أن "يعتبر المولود إنساناً يمكن قتله متى نزل من بطن أمه، سواء في ذلك تنفس أو لم يتنفس، وسواء كانت الدورة الدموية مستقلة فيه أم لم تكن، وسواء كان حبل سرته قطع أم لم يقطع"، وهو ما يؤكد أن الجنين يصلح أن يكون إنساناً مستقلاً عن أمه حتى قبل قطع الحبل السري، وحتى ولو كان استقلاله الغذائي لم يتحقق بعد، وهذا يعني أن الاعتداء عليه في هذه الحالة يصلح لأن يكون مجنياً عليه في جريمة

([1]) د. فيصل عبد الله الكندري، د.غنام محمد غنام "شرح قانون الجزاء الكويتي، الجزء الخاص"، الطبعة الأولى، الكويت، سنة ٢٠٠٦، ص١٢٩ ،

القتل، وذلك بالرغم من استمرار تبعيته العضوية لأمه قبل قطع الحبل السري.([1])

أما التشريع الإنجليزي فقد اشترط - حتى يمكن القول بأن الحياة الإنسانية قد بدأت بالفعل- أن يتم الانفصال التام بين الجنين وأمه. وبالتالي فإذا وقع الاعتداء على الجنين قبل انفصاله التام عن أمه فالجريمة لا تعد قتلاً؛ ذلك لأن الجنين لم يستقل بنفسه عن أمه. كما لا يعتبر الفعل إجهاضاً لأنه قد تجاوز مرحلة القابلية للحياة. وليس معنى ذلك أن التشريع الإنجليزي ترك هذه المسألة محل نقاش، بل وضع نصاً خاصاً يحمي فيه الطفل أثناء عملية الولادة. وذلك كما جاء في قانون حماية الطفولة الصادر عام ١٩٢٩، فقد تضمنت المادة الأولى من قانون حماية الطفل النص على جريمة تدمير الطفل، حيث جاء في الفقرة الأولى منها "يعاقب بالسجن مدى الحياة، كل من تعمد إنهاء حياة الطفل القابل لأن يولد حياً، وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن أمه".([2]) كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن"يعد وجود الحمل في أسبوعه الثامن والعشرين وما يليه، كافياً لإثبات أن الطفل محل الحمل كان قابلاً لأن يولد وهو على قيد الحياة".([3])

---

[1]) انظر في ذلك د. حسن صادق المرصفاوي "قانون العقوبات القسم الخاص"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٧٨، ص ١٤٩ .

[2])Subject as here in after in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of an offence. Tow it, of child destruction, and shall be Liable on conviction there of an indictment of imprisonment for life…).

[3]) For the purposes of this act, evidence that a woman had at any =

ثانياً: رأي الفقه في نهاية الحمل.

ترتب على أن معظم التشريعات الجنائية لم تورد نصاً يحدد لحظة نهاية الحمل - ومن بينها التشريع المصري- انقسام الفقه حول تحديد هذه اللحظة، وذلك على النحو الذي سوف نبينه .

ذهب رأي في الفقه إلى أن الوجود القانوني للإنسان يبدأ بتمام عملية الولادة وانفصال الجنين عن أمه انفصالاً تاماً. ففي هذه الحالة يكتسب الجنين صفة الإنسان، وبالتالي يقع أي اعتداء عليه تحت طائلة النصوص التي تحمي الإنسان ضد جرائم القتل أو الضرب أو الإيذاء.[1]إلا أننا نرى أن هذا الرأي لا يوفر الحماية الكاملة للجنين، في الفترة الزمنية التي تبدأ فيها عملية الولادة وحتى انفصال الجنين عن أمه انفصالاً تاماً.

وذهبت غالبية الفقه ونحن نتفق معهم، إلى أن نهاية مرحلة الحمل وبداية الوجود القانوني للإنسان. ومن ثم بدء مرحلة الحياة العادية لا تكون بالولادة التامة، بل يكفي مجرد إحساس الأم بآلام الوضع، وذلك في حالة كون الولادة طبيعية. أما في الحالات التي تكون فيها الولادة غير طبيعية، وتحتاج فيها الأم إلى تطبيق أساليب فنية سواء كانت جراحية أم لا، فإنه منذ اللحظة التي يتم فيها تطبيق هذه الأساليب على جسم الأم، تبدأ لحظة نهاية الحمل[2].

== material time been pregnant for a period of twenty eight weeks or more shall be prima facie proof that she was at time pregnant of a child capable of being born alive).

[1]) د. عبد المهيمن بكر، المرجع السابق، ص ١٧٢ .

[2]) انظر في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٠٣ . - انظر أيضاً د. رمسيس بهنام "القسم الخاص في قانون العقوبات" منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢،ص ٢١٣

. انظر كذلك د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٤٠ .

وفقاً للاتجاه الغالب في الفقه الجنائي، فإن بدء مرحلة الحياة الإنسانية ونهاية مرحلة الحمل تبدأ ببدء عملية الولادة، سواء كانت طبيعية أم غير طبيعية. ولا يلزم في ذلك مجرد بروز أي جزء من الجنين إلى الخارج، ولا يلزم أيضاً انفصال الجنين التام عن أمه، بل يكفي مجرد إحساس الأم بآلام الوضع حتى يصبح الجنين خارج نطاق جريمة الإجهاض. وفي هذه الحالة يكون الجنين مشمولاً بالنصوص الجنائية التي تعاقب على القتل أو الإيذاء أو المساس بسلامة الجسم، حتى ولو لم تكن عملية الولادة قد انتهت بالفعل.

ثالثاً: ضابط تحديد لحظة نهاية الحمل.

يلزم معرفة المعيار الذي ينتهي به مرحلة الحمل، لتبدأ معه الحياة الإنسانية؛ وذلك حتى يتم التمييز بين النصوص الجنائية التي تحمي الطفل في هذه المرحلة. فوفقاً للرأي الغالب يكون الجنين مشمولاً بالنصوص الجنائية التي تجرم الإجهاض، أما مع نهاية لحظة الحمل ويبدأ لحظة الولادة - ولو لم يكن منفصلاً عن أمه- يعد مشمولاً بالنصوص الجنائية التي تحمي الإنسان من قتل أو ضرب أو جرح.

ونرى أنه إذا كانت الولادة غير طبيعية- أي لا تحتاج لأساليب فنية وجراحية- فإنه وفقاً لرأي البعض يكون الضابط في هذه الحالة إحساس الأم بآلام الوضع، والتي ينشأ عنها تقلص عضلات الرحم، وتفضي في النهاية إلى القذف بالجنين خارج الجسم.[1] ذلك لأن بدأ هذه الآلام تعني اكتمال نضج الجنين واستعداده للانفصال عن أمه، حتى يكون له حياة مستقلة، ومن ثم تبدأ حياته الإنسانية المستقلة عن أمه.

أما إذا كانت الولادة غير طبيعية، والتي تطبق على الأم قبل

---

[1]) انظر في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢ .

إحساسها بآلام الوضع. بل توجد بعض الحالات التي لا تشعر فيها الأم بأية آلام للوضع، في حين يكون الجنين قد اكتمل وانتهت مدة الحمل، ففي هذه الأحوال يتم تطبيق الأساليب الفنية والطبية بمعرفة الطبيب المختص، وذلك لإتمام عملية الولادة. ويكون ضابط تحديد لحظة نهاية الحمل اللحظة التي يبدأ فيها تطبيق هذه الوسائل على جسم الأم .

وفي حالة خطأ الطبيب أثناء عملية التوليد، والذي يترتب عليه هلاك المولود قبل تمام الولادة، فإن الطبيب يُسأل عن القتل الخطأ. ذلك لأن منذ بدء عملية الولادة وحتى ولو لم يخرج الجنين إلى العالم الخارجي، يكون مشمولاً بالنصوص الجنائية التي تحمي الإنسان([1]).

ويتجوهر البحث حول ما هي الأهمية التي تكمن في التمييز بين القيمة القانونية لحياة الإنسان والقيمة القانونية لحياة الجنين؛

ثمة فرق بين القيمة القانونية لحياة الإنسان والقيمة القانونية لحياة الجنين؛ وذلك لاختلاف نظرة التشريعات الجنائية إلى كل من الجنين والإنسان، من حيث نطاق الحماية الجنائية المقررة لكل منهما. فتحديد أهمية اللحظة التي ينتهي فيها الحمل لتبدأ الحياة الإنسانية ذات أهمية قصوى. ويرجع السبب في ذلك إلى أنه لا إجهاض قبل بداية الحمل ولا إجهاض بعد نهاية الحمل. فكما سبق وبينا أن لحظة الميلاد هي بداية حياة الإنسان المستقلة، فبالرغم من أنهما مرحلتان متعاقبتان دونما فارق زمني، إلا أن معظم التشريعات الجنائية تحمي الإنسان بصورة أكبر من تلك التي توفرها لحماية الجنين. ويرجع السبب في ذلك إلى وجود عدة فروق جوهرية والتي تتمثل في الأتي:-

---

[1]) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٤٥ .

(١) اعتبر المشرع الجنائي أن للجنين حياة مستقبلية واحتمالية، فقد يولد حياً وقد يولد ميتاً. في حين أن حياة الأم حياة محققة. ففي حالة التنازع بين الحقين ترجح مصلحة الأم، وذلك حفاظاً على حياة الأم.([1]ويعد ذلك تطبيقاً لمبدأ جواز التضحية بالحق ذي القيمة الأقل إنقاذا للحق ذي القيمة الأكبر. وهو ما يعني اختلاف نوعي الحياة، الأمر الذي يؤدي إلى تفاوتهما من الناحية القانونية وبالتالي نطاق الحماية الجنائية.

(٢) يحمي المشرع الجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض؛ حيث أن الإجهاض لا يقع إلا على جنين في بطن أمه. أما عند خروج هذا الجنين إلى الحياة الخارجية وبدأ حياته الإنسانية، فإن المشرع يحميه بالنصوص التي تعاقب على القتل والضرب والإيذاء.

(٣) يعاقب المشرع على قتل الإنسان عمداً أو خطأ. في حين أن الإجهاض لا يعاقب عليه إلا إذا كان عمدياً، وذلك في أغلب التشريعات الجنائية.

(٤) بعض التشريعات الجنائية لا تعاقب على الشروع في الإجهاض، ومن بينها التشريع المصري. حيث نص صراحة في المادة٢٦٤ من قانون العقوبات على أن" لا عقاب على الشروع في الإسقاط". في حين أنه يعاقب على الشروع في القتل العمد.

(٥) يعاقب المشرع على أي فعل من شأنه المساس بسلامة الجسم،

---

[1])U.S. Code. Article 1531. Partial. birth abortion prohibited. Subsection (a) Any physician who, in or affecting interstate or foreign commerce, knowingly performs a partial- birth abortion and thereby kills a human fetus shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both. This subsection does not apply to a partial –birth abortion that is necessary to save the life of a mother...........Etc).

فيجرم الضرب والجرح والإيذاء. في حين يقتصر تجريم الإجهاض على إنهاء حالة الحمل قبل ميعاد الولادة الطبيعي، ولا يمتد إلى المساس بسلامة بدنه. فإذا افترضنا أن الفعل الواقع على المرأة لم يسبب إجهاضها أو نزول الجنين قبل ميعاد ولادته الطبيعية، بينما تسبب في تشوه الجنين. فنلاحظ أنه لا يوجد نص تشريعي يجرم هذا الفعل، فنصوص الإجهاض تقتصر على حماية حياة الجنين، ولا تتعرض للأفعال التي تمس جسده . في حين أن المشرع كان من الممكن أن يحميه بنفس هذه النصوص.

ومن جانبنا نهيب بالمشرع المصري إيجاد نص صريح للحالات التي يتعرض فيها الجنين لإيذاء أو تشوه. وذلك في حالة لو تسبب شخص عمداً في إيذائه أو تشوهه دون إنزاله قبل موعد ولادته الطبيعية، لتوفير أكبر قدر من الحماية.

المطلب الثالث
نطاق الحماية الجنائية للجنين خارج الرحم

تمهيد:-

سبق أن بينا أن فترة الحمل تبدأ منذ لحظة الإخصاب، أي بتلقيح الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة عن طريق الاتصال الجنسي المباشر. فيبدر التساؤل عما إذا كان التلقيح أو الإخصاب الصناعي - والذي يتم بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة خارج الرحم دون أتصال جنسي مباشر بين المرأة والرجل- يعد جنيناً؟ وإذا كان جنيناً فما هو نطاق الحماية الجنائية لهذه البويضة المخصبة؟ وهل الاعتداء عليها مما يؤدي إلى إعدامها أو إتلافها قبل نقلها إلى رحم الأم يعد إجهاضاً أم لا؟

في البداية نجد أن مجال الطب أصبح في تطور سريع وتقدم

مستمر، فهو مجال لا ينتهي من الأبحاث والاكتشافات والبحث عن الحلول ومعالجة المشكلات. ويعد من أعظم المشكلات التي وجدت هي مشكلة العقم. ونظراً للتقدم العلمي الهائل في مجال النساء والتوليد في السنوات الأخيرة؛ فقد عولجت مشاكل العقم والحرمان من الإنجاب عن طريق ما يسمى بالتلقيح الصناعي(١). بل يبحث العلماء الأن عن إيجاد حل لعلاج هذه المشاكل عن طريق الاستنساخ البشري.

وقد تطورت الهندسة الوراثية تطوراً هائلاً، منذ اكتشاف عملية الاستنساخ(٢). والتي آثارت جدلاً شديداً داخل المنظات الدولية بل

---

(١) وقد ولد أول طفل بالتلقيح الصناعي في بريطانيا في الخامس والعشرين من يوليو عام ١٩٧٨، ومنذ ذلك الوقت ولد حوالي أربعة ملايين طفل بهذه الطريقة، والذي يقدر بنحو ٣٪ من الولادات الطبيعية. راجع في ذلك، www.alfeqh.com، تاريخ الزيارة ٢٠١١/٧/٢١ .

(٢) فكرة الاستنساخ ليست فكرة وليدة صدفة، بل كانت موجودة في الحضارات القديمة في عالمي الحيوان والنبات وفي الفن والأدب. - ففي عام ١٨١٨ أصدرت" ماري بيرسي شيلي" روايتها الشهيرة (فرانكشتاين)، والتي يحكى فيها أن عالماً مجنوناً قام باستنساخ مسخ مستخدماً خلايا مأخوذة من جثث بشرية وبمساعدة تيار كهربائي. - كما تصور الروائي البريطاني" الدوس هكسلي" في عام ١٩٣٢ في كتابه (عالم جديد شجاع) إمكانية استخدام انسان من انسان. - وفي عام ١٩٥٠ كانت أول عملية تجميد للحيوانات المنوية للثيران لاستخدامها لتلقيح الأبقار والحصول على نسل يتمتع بصفات جيدة من حيث إنتاج اللحم وإدرار اللبن. - وفي عام ١٩٥٢ تمت أول عملية نسخ حيواني في عالم الضفادع. - وفي عام ١٩٥٣ تم تجميد الحيوانات المنوية للإنسان، وذلك لإعادة تلقيحها مرة أخرى. - وفي عام ١٩٨٠ تم إنشاء أول بنك للأمشاج المذكرة. - وفي عام ١٩٨٤ تم ولادة أول طفلة استرالية تدعى" زوي" من جنين مخصب مجمد. - أما في عام ١٩٩٣ تمت بنجاح أول عملية استنساخ للأجنة البشرية في جامعة جورج واشنطن الأمريكية، من النطفة التي تم تلقيحها من عدة حيوانات منوية وبيضة. وفي عام ١٩٩٦ تم استنساخ أول حيوان منوي بنجاح من خلية جسمية هي النعجة "دولي"، والتي تم استنساخها في معهد Roslin في جامعة Edingurgh عاصمة اسكتلندا البريطانية، والتي ماتت في فبراير عام ٢٠٠٣، وهي ما أثارت الخلاف العالمي الذي ==

والجماعات الإسلامية، بل صار الأمر مخيفاً في حال تصور إمكانية استنساخ البشر. حيث أثبتت التجارب والتقارير العلمية، أن عملية استنساخ البشر غير آمنة. ومن هنا يثار التساؤل في حالة ما إذا نجحت عمليات الاستنساخ البشري، فهل يحظى جنين الاستنساخ بالحماية الجنائية؟ الأمر الذي يجعلنا نتطرق بالبحث لبيان ما هو الاستنساخ؟ وكيف تتم هذه العملية؟ وما هي أنواعه؟ وبيان موقف الفقه والعلماء من الاستنساخ، وكذلك بيان موقف القوانين الوضعية . وأخيراً بيان موقف الفقه الإسلامي. وذلك على النحو التالي:-

الفرع الأول: طفل الأنابيب.

الفرع الثاني: جنين الاستنساخ.

الفرع الأول
طفل الأنابيب

أولاً: ماهية التلقيح الصناعي.

يعرف التلقيح الصناعي بأنه عملية طبية، يتم فيها تلقيح بويضة المرأة بالسائل المنوي للرجل. سواء كان داخلياً عن طريق الحقن داخل رحم المرأة بالسائل المنوي للرجل، أو خارجياً - وهو محل بحثنا - عن طريق إخصاب البويضة المؤنثة بالسائل المنوي للرجل في أنبوب مهيأ. حيث يتم تهيئة مناخ كيميائي يشبه وسط الرحم لفترة زمنية معينة، ثم يهيأ الرحم لإعادة البويضة الملقحة

== يدور حول عمليات الاستنساخ وأخلاقياته. للمزيد انظر (د.خليل البدوي " الاستنساخ: برمجة الجنس البشري والحيواني والنباتي بين العلم والدين" الناشر: منيرة النجار، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠، ص ٥ وما بعدها).

إليه كي تنغرس وتبدأ في النمو والتطور.[1]

ثانياً: طريقة الإخصاب الخارجي (طفل الأنابيب).[2]

أولاً: يحدد الطبيب المختص موعد التبويض عند المرأة التي ترغب في ذلك بواسطة الطرق المختلفة، كمتابعة درجة حرارة الجسم، ومستوى الهرمونات في الدم .

ثانياً: قبل التبويض مباشرة تسحب البويضة عندما تنضج حويصلة المبيضين، ويتم ذلك إما بمنظار البطن، أو باستخدام إبرة خاصة عن طريق المهبل، ثم توضع في وعاء خاص به مادة مغذية مع الحيوان المنوي المأخوذ من الرجل بعد معالجته .

ثالثاً: يتم مراقبة البويضة عن طريق الميكروسكوب، وعندما يتم اتحاد البويضة مع الحيوان المنوي تترك حتى تنقسم إلى مرحلة الأربع خلايا أو الثمان خلايا .

رابعاً: يتم سحب الخلايا المخصبة المنقسمة - والتي تسمى الزيجوت- داخل محقن خاص يحقن به داخل الرحم، حيث تنغرس في غشاء الرحم بعد حوالي يومين من تاريخ التقاط البويضات ويبدأ الحمل.

ثالثاً: موقف الفقه من طفل الأنابيب.

لا يزال طفل الأنابيب من الموضوعات الجديدة والتي يختلف فيها الرأي، ومازالت تثار حوله التساؤلات.فضلاً عن أن معظم نصوص القانون الوضعي جاءت خالية من نصوص تحمي حق طفل الأنابيب في الحياة قبل إعادة زرعه في الرحم، بل إن هذه النصوص أكدت على اشترط قيام جريمة الإجهاض وقوع فعل

---

[1]) انظر في ذلك د.احمد شوقي عمر ابو خطوة "القانون الجنائي والطب الحديث"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩، ص ١٣٨ .

[2]) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص٣٩، ٤٠ .

الإجهاض على امرأة حامل، بحيث يؤدي هذا الفعل إلى إسقاط الجنين ونزوله قبل الموعد الطبيعي لولادته، وقد ترتب على ذلك اختلاف الفقه حول مدى استحقاق البويضة المخصبة خارج الرحم للحماية الجنائية .

اتجه رأي في الفقه إلى أن النطفة المخلقة خارج الجسم داخل أنبوب، تعتبر مجرد مادة بيولوجية، وكونها تحمل صفات وراثية فإن ذلك لا يجعل منها جنيناً جديراً بالحماية الجنائية(١). الأمر الذي يترتب عليه جواز إجراء التجارب والبحوث العلمية على النطف المخلقة، بغية تحقيق التقدم العلمي والفني في مجال التكاثر البشري أو الحد منه أو العلاج.(٢) كما أنه ليس هناك ما يمنع من استعمال الأنسجة والخلايا التناسلية في مجال تصنيع عقاقير معينة، لمعالجة بعض الحالات الصحية.

وفقاً للرأي السابق لا تعتبر الأجنة خارج الرحم أجنة بالمعنى الصحيح، بل هي مواد بيولوجية لا تتمتع بأي حماية قانونية، الأمر الذي يترتب عليه أن إتلاف النطف المخصبة لا يعد إجهاضاً؛ ذلك لأنه وفقاً لهذا الرأي يلزم وجود الجنين داخل الرحم، حتى يمكن اعتبار الفعل العمدي الواقع عليه والمؤدي إلى إخراجه قبل موعد ولادته الطبيعية إجهاضاً.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بأن النطفة المخلقة خارج الجسم، تعتبر مادة بيولوجية إنسانية تجمع بين المكونات الوراثية الضرورية والكافية للبنية الإنسانية، واعتبر أن الجنين خارج الرحم له قيمته في حد ذاته، الأمر الذي يقتضي حمايته، فعملية

---

(١) د. إيهاب يسر أنور على "المسئولية المدنية والجنائية للطبيب"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤، ص٣٢٨

(٢) د. منال منجد، المرجع السابق، ص ٥٩ .

تلقيح البويضة تعد بداية لمراحل تطور الحياة الإنسانية، واعتبر أن وصف تلك المرحلة أو أي مرحلة تليها بأنها من الأشياء التي يجوز التصرف فيها، يتعارض مع كرامة الإنسان والقيم الدينية والاجتماعية .(1)

ترتيباً على هذا الرأي فإنه لا يجوز في أي حال من الأحوال درج النطف المخلقة داخل أنابيب ضمن الأبحاث العلمية، أو إخضاعها للتجارب والإختبارات، كما أن أي اعتداء يقع على هذه الأجنة يقع تحت طائلة النصوص التي تجرم الإجهاض، فيجب حماية هذه الأجنة من أي مساس بحرمتها .

وقد اتجه رأي ثالث من الفقه إلى التمييز بين أربعة صور لاستخدام عملية طفل الأنابيب وذلك على النحو التالي:- (2)

الصورة الأولى: هي التي تجرى فيها عملية طفل الأنبوبة لعلاج حالات العقم عند المرأة، والناتج عن انسداد قناة فالوب، ففي هذه الصورة يتم انتزاع بويضة صالحة للإخصاب من مبيض الزوجة، ثم تلقح بالحيوان المنوي للرجل داخل أنبوبة مهيأة لذلك، ثم بعد فترة زمنية معينة تزرع في رحم الزوجة لتبدأ في التطور والنمو، إلى أن تتم ولادة طفل حي مكتمل .

الصورة الثانية: تفترض هذه الصورة إصابة الزوجة بعقم في المبيض نفسه، ففي هذه الحالة يتم نزع بويضة صالحة للإخصاب من رحم امرأة أخرى وتوضع في أنبوبة بها سائل يساعد على التخصيب مع وجود الحيوان المنوي للرجل، وبعد إتمام تلقيح البويضة الأجنبية تزرع في رحم الزوجة العقيمة، والعكس في حالة إصابة الزوج بالعقم .

الصورة الثالثة: تفترض هذه الصورة إصابة الزوجين بالعقم، ففي هذه

---

(1) د. منال منجد، المرجع السابق، ص ٦٠ .

(2) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص٣٥، ٣٦ .

الصورة يتم نزع بويضة صالحة من مبيض امرأة أجنبية غير الزوجة، ثم بعد ذلك يتم تلقيحها داخل أنبوبة مع نطفة رجل أجنبي غير الزوج بالإضافة إلى وجود السائل اللازم للتخصيب، ثم يقوم الطبيب المختص بزرع تلك البويضة الملقحة في رحم الزوجة المصابة بالعقم، لتنمو وتتطور إلى أن تتم ولادة طفل .

الصورة الرابعة: يتم فيها اللجوء إلى استخدام طفل الأنبوبة في حالة ما إذا كان الزوجان سليمين، ولكن الزوجة لا تستطيع تحمل الحمل؛ نظراً لإصابتها بمرض خطير يحول دون حملها. فهنا يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها، ثم تزرع تلك البويضة المخصبة في رحم امرأة أخرى وتسمي" الأم الحاضنة" لتنمو وتتطور إلى أن يتم ولادة الطفل الذي يرد إلى الزوجة صاحبة البويضة .

وذهب هذا الرأي إلى مشروعية الصورة الأولى؛ ذلك لأنها تهدف إلى تحقيق غرض علاجي مشروع وهو علاج حالة العقم عند الزوجة. ولكنه يشترط لذلك الحصول على رضاء الزوجين بإجرائه على أساس أن لكل زوج الحق في أن يقدر ما إذا كانت هذه العملية تتفق وعقيدته الدينية والفلسفية والاجتماعية. وبناء على ذلك فإذا تمت عملية طفل الأنبوبة في هذه الصورة كان الطفل الوليد شرعياً، وبالتالي يكون جديراً بالحماية منذ تكونه نطفة داخل الأنبوبة حتى يتم نقله إلى رحم الأم .

أما في حالة الصور الثانية والثالثة فقد اتجه الرأي السابق إلى عدم مشروعيتهما؛ ذلك لأنهما لا يهدفان إلى تحقيق غرض علاجي والذي يعد أحد الشروط الأساسية لمشروعية أي عمل طبي. فقيام غير الزوجة بأداء وظيفة من أهم وظائف الزواج وهي الإنجاب يعتبر عملاً غير اخلاقي يتعارض مع القيم والأخلاق والدين، حتى ولو تم ذلك بموافقة الزوجين.

وفيما يتعلق بالصورة الرابعة فيعتبرها من قبيل الزنا؛ ذلك لأنه يتم فيه وضع مني رجل في رحم امرأة غير زوجته. كما لا يجوز وضع بويضة الزوجة الملقحة بمني زوجها في رحم امرأة أجنبية فهذا محرم شرعاً، ومن ثم يكون غير مشروع قانوناً.

ونحن نرى أنه بمؤدى الوضع الحالي لنصوص جريمة الإجهاض، لا يصبح محلاً للحماية سوى الحمل المستكن في رحم المرأة الحامل. الأمر الذي يترتب عليه أن إتلاف البويضة الملقحة وهي داخل الأنبوبة وقبل زرعها في رحم الأم، لا يعد إجهاضاً. ذلك لأن هذا الإتلاف لم يؤد إلى هلاك الجنين أو إخراجه من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعية، لأننا نكون أمام بويضة ملقحة. وأن عملية التخصيب تمت خارج الرحم وليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة. ومع ذلك نرى أن هذه البويضة جديرة بالحماية. ذلك وكما سبق وبينا أن بداية الحمل وفقاً للرأي الغالب تبدأ لحظة التلقيح أو الإخصاب، وهو ما تم فعلاً ولكن بطريقة طبية معملية. الأمر الذي يجعلنا أمام جنين فعلاً في بداية مراحل تكوينه، وبالتالي فإنه يجب حمايته من أي اعتداء يقع عليه لحماية حقه في حياة مستقبلية.

رابعاً: موقف القانون المصري من الإخصاب الصناعي.

أسهم التقدم العملي والتطور السريع في مجال الإخصاب المساعد "طفل الأنابيب" -الذي يتم عن طريق الحقن المجهري أو التلقيح المعملي أو الإخصاب الخارجي- في تزايد حالات الإنجاب التي تتم بإحدى هذه الوسائل. وأصبح معترفاً بهذه الوسائل في الأوساط العلمية في مجال علاج العقم، الأمر الذي أدى إلى تزايد اهتمام المؤسسات الدينية والاجتماعية والأخلاقية والفقهية بوضع ضوابط لتنظيم هذه الوسيلة، حتى يكون نتاجها طفلاً شرعياً.

وقد وافقت لجنة الصحة بمجلس الشعب في اجتماعها الأحد الموافق الأول من مارس لعام ٢٠١٠، على اقتراح بمشروع قانون بشأن تنظيم عمليات التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، وأصدر قانوناً تضمن سبعة نصوص تحدد الشروط التي تنظم عمليات التلقيح الصناعي([1]). فتضمنت المادة الأولى من هذا المشروع بقانون عدة شروط لا يجوز اللجوء إلى عمليات التلقيح الصناعي أو الإخصاب في أنابيب إلا بتوافرها، وهي كالتالي:-

ا) أن يثبت بناء على تقرير طبي، صادر من ثلاثة أطباء متخصصين في أمراض النساء، أن الزوجة لا يمكنها الحمل إلا بهذه الطريقة.

ب) أن تكون العملية المزمع إجراؤها بين زوجين، وأثناء قيام الحياة الزوجية

ج)أن يحصل الطبيب على موافقة كتابية من الزوجين بعد تبصيرهما بكافة المخاطر المحتملة للعملية، ونسبة نجاحها، ويكون الطفل المولود من خلال هذه الطريقة طفلاً شرعياً.

وقد تضمنت المواد ٢، ٣، ٤ من هذا المشروع، حظر التعامل مع الجينات بغرض التحكم في جنس الجنين- ولداً أو بنتاً- أو بغرض تغيير صفاته الوراثية، كلون العينين أو البشرة أو الشعر، كما

---

[1])منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ٢٠١٠/٣/١ ،وكان هذا الاقتراح قد قدم من النائبة ابتسام حبيب، وقد حظر هذا الاقتراح المتاجرة في الأرحام لمنع التجارة في النساء، وحتى لا يتم استغلال النساء والفقيرات في الحمل نيابة عن النساء الأخريات، وقد أكد الدكتور حمدي السيد أن نقل الأرحام مخالف للشريعة الإسلامية والقانون، رغم أنه ليس مسئولاً عن الصفات الوراثية، وأن الاقتراح المقدم بمنع تأجير الأرحام يتوافق مع الشريعة الإسلامية، وقد تضمنت مواد الاقتراح بمشروع قانون حظر التعامل مع الجينات التي تتم بغرض التحكم في جنس الجنين أو بغرض تغيير صفاته الوراثية أو تحسين النسل، كما حظرت اللجوء إلى التلقيح الصناعي أو الإخصاب الخارجي في الأنابيب، والذي يتم عن طريق الاستعانة بنطفة متبرع أو بويضة امرأة غير الزوجة، فإذا جاء الطفل في هذه الحالة يعد طفلاً غير شرعي.

يحظر اللجوء إلى التلقيح الصناعي إذا كان المراد الاستعانة بنطفة متبرع، أو بويضة امرأة غير متزوجة، ويكون الطفل المولود من خلال هذه الطريقة طفلاً شرعياً. وكذلك حظرت نصوص هذا القانون إجراء عملية الإخصاب الخارجي، التي تتم بين بويضة الزوجة ونطفة الزوج، ثم تعاد البويضة المخصبة بينهما لتزرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة " الأم البديلة"، والتي تكون مهمتها الحمل نيابة عن الزوجة وتسليم المولود للزوجين. ويرجع السبب في ذلك إلى احتمال وجود شبهة في تجارة الأطفال، وقد تمتنع من حملت الجنين عن تسليم المولود إلى والديه، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ووجود العديد من المشاكل القانونية .

أما المادة ٥ من هذا المشروع، فقد اشترطت عدم جواز إجراء عمليات التلقيح الصناعي، إلا في المستشفيات والمراكز الطبية التي يرخص لها وزير الصحة بذلك، ووفقاً للشروط والإجراءات المبينة في اللائحة التنفيذية لهذا القانون. بناء على ذلك فإن عملية التلقيح الصناعي تحتاج للقيام بها، أطباء ذوو مؤهلات علمية خاصة وعلى قدر كبير من الكفاءة. كما يجب أن تتم بمراكز أو مستشفيات مؤهلة ومجهزة لإجراء هذه العملية.

ويعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، كل من يخالف حكماً من أحكام المواد ١، ٢، ٣، ٤، ٥، وفقاً لنص المادة السادسة.

وقد اشترطت المادة ٧ من نفس القانون، وجوب تقييد العمليات المشار إليها في سجلات خاصة، بحيث يثبت فيها شخصية كل من الزوجين وكافة البيانات الخاصة بهما، وموافقتهما على إجراء العملية، ومضمون التقارير الطبية التي توضح الضرورة الملجئة إليها. على أن يتم حفظ هذه السجلات لمدة عشر سنوات ؛ وذلك

حماية لأطرافها، ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف حكم المادة السابعة من هذا القانون .

خامساً: طفل الأنابيب في الفقه الإسلامي.

ظهر موقف الفقه الإسلامي فيما يتعلق بطفل الأنابيب، بصدور قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة سنة ١٩٨٥([1])، والذي أكده قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر في أكتوبر ١٩٨٦ في الأردن([2])، واللذان قررا ما يلي "بعد استعراض المجلس البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب) والاستماع لشرح الخبراء والأطباء، وبعد التداول الذي تبين منه للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبعة، قرر ما يلي:-

أولاً: الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

الأولى: أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

الثانية : أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

---

[1]) قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت الموافق ٢٨ من ربيع الآخر ١٤٠٥ هجرية إلى الاثنين الموافق ٦ جمادى الأول ١٤٠٥ هجرية — الموافق من ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥ . الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية
www.dar-alifta.org

[2]) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨- ١٣ صفر ١٤٠٧هجرية، الموافق من ١١- ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م.

الثالثة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الرابعة :أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبييضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الخامس: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

ثانياً : الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما : -

السادسة : أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً.

وصدر قرار دار الإفتاء المصرية رقم ٢٥٢٥([1])، والذي صدر به قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم (١) بجلسته المنعقدة الخميس الموافق ٢٩ مارس ٢٠٠١، وذكر فيه "أن تأجير الأرحام حرام شرعاً؛ لما فيه من مفاسد تتلخص في إفساد معنى الأمومة التي عظمتها الشرائع وناطت بها أحكام وحقوق عديدة، ونوه بها الحكماء وتغنى بها الأدباء. وهذا المعنى وذلك التعظيم لا يكون من مجرد بويضة أفرزها مبيض امرأة ولقحها حيوان منوي من رجل، إنما تكون من شيء آخر بعد ذلك مثل الوحم والغثيان والوهن في مدة الحمل، والتوتر والقلق والطلق عند الولادة، والضعف والهبوط بعد الولادة، فهذه الصحبة الطويلة هي التي تولد من الأمومة، كما أن تغطية الأمومة بهذا الحاجز الصناعي يؤدي إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب،

---

[1]) الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية www.dar-alifta.org .

فهل سيكون ولاؤه لصاحبة البويضة أو التي حملته وأرضعته من ثديها؟ الأمر الذي يعرضه لهزة نفسية عنيفة، فدرء المفاسد أولى من جلب المصالح "٠

وبررت دار الإفتاء فتواها التي تحمل رقم ٢٥٢٥، بأن الطب يعد من أخصب المجالات التي ظهر فيه تطور علمي هائل، ومن ذلك الحين وطب الإنجاب الصناعي في ثورة مستمرة وتطور دائم٠ وأضافت الفتوى أن أسباب اللجوء إلى هذا النوع من التأجير متعددة، كمن أزيل رحمها بعملية جراحية مع سلامة مبيضها، أو أن الحمل يسبب لها أمراضاً شديدة كتسمم الحمل، أو للمحافظة على تناسق جسدها وتخلصها من أعباء ومتاعب الحمل والولادة، وهو ما انتشر بصورة كبيرة في دول الغرب، وقد بدأت هذه الممارسات في محاولة للتسلل إلى عالمنا الإسلامي ٠

وأكدت الفتوى أن الأدلة أجمعت على حرمة اللجوء إلى طريق الرحم البديل، سواء أكان بالتبرع أم بالأجرة٠ كما حذرت الفتوى من أن هذا النوع من التلقيح يقود إلى شبهة اختلاط الأنساب؛ وذلك لاحتمال أن تفشل عملية التلقيح بعد وضع اللقيحة في الرحم المؤجر، ويحدث الحمل عن طريق مباشرة الزوج لزوجته، فيظن أن الحمل والوليد للمستأجر، مع أنه في الواقع ليس له، فالجنين يتغذى بماء الزوج كما أنه يتغذى من الأم الحامل٠ وقد ورد النهي الصريح عن وطء الحامل التي هي من هذا القبيل، فعن رُفيع بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره" وفي رواية أخرى" فلا يسق ماءه ولد غيره"٠

كما قررت الفتوى أن إجازة الحمل لحساب الغير فيه إزالة لضرر امرأة محرومة من الحمل بضرر امرأة أخرى هي التي تحمل وتلد، ثم

لا تتمتع بثمرة حملها وولادتها وعنائها، ونظراً لكل هذه الأدلة يُحرم تأجير الأرحام.

ويثار التساؤل حول مدى إمكانية استخدام البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة مرة أخرى.

قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان١٤١٠هـ، الموافق ١٤- ٢٠آزار (مارس)١٩٩٠م، بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ - ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ الموافق ٢٣- ١٩٩٠/١٠/٢٦م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بعد الاطلاع على التوصيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت ٢٠ - ٢٣شعبان ١٤٠٧ هـ الموافق ١٨ - ٢١ / ١٩٨٧/٤ م بشأن مصير البويضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت ١١- ١٤ شعبان ١٤٠٣هـ الموافق ٢٤ - ٢٧ /١٩٨٢/٥ في الموضوع نفسه، ما يلي:- [1]

أولاً : في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البيضات الملقحة.

ثانياً : إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

---

[1]) مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، ص ١٧٩١ .

ثالثاً : يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غيرِ مشروع.

أخيراً بالنظر إلى وضع نصوص جريمة الإجهاض الحالي؛ نجد أن إتلاف البويضة الملقحة وهي داخل الأنبوبة وقبل زرعها في رحم الأم لا يعد إجهاضاً. ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه النصوص لا تكون محلاً سوى للحمل المستكن في رحم المرأة الحامل، وأن فعل الإتلاف للبويضة الملقحة داخل الأنبوبة لم يؤد إلى هلاك الجنين داخل الرحم أو إخراجه منه قبل الموعد الطبيعي لولادته. ونهيب بالمشرع التدخل والنص صراحة على تجريم إتلاف البويضة المخصبة، يستوي في ذلك صيرورة وجودها في أنبوبة ولو لم يتم زراعتها داخل الرحم. واعتبار أن أي إتلاف أو إهلاك لها من قبيل الإجهاض المعاقب عليه مع توافر باقي أركانه.

الفرع الثاني
طفل الاستنساخ

تمهيد:-

منذ أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، حاز الاستنساخ البشري على إهتمام العلماء والمفكرين ووسائل الإعلام العالمية كمصدر مستقبلي لمدى واسع من الأمراض البشرية. وذلك على الرغم من ظهور القلق الشديد فيما يتعلق بانتهاكه للطبيعة وسوء استخدام البشر. ففي ظل التقدم العلمي وتقدم التكنولوجيا الحديثة التي نشأت منذ أوائل السبعينيات ومع تقدم الهندسة الوراثية في مجال الخريطة الجينية والاستنساخ من الخلايا الجذعية، فلا ينبغي أن ننظر إلى الاستناخ كتكنولوجيا منفصلة، بل هو اللاعب الثالث في مثلث التكنولوجيا الحيوية الحديثة والمتمثلة

في عوامل ثلاث هي (الهندسة الوراثية- الخريطة الجينية- الاستنساخ).(1)

وبين عام ١٩٩٧ وحتى عام ٢٠٠٧ تطورت خطوط الخلايا الجزعية المتوافقة مع DNA، وتحسنت كواحدة من العمليات المتنبئ لها بمستقبل باهر من خلال الطب العلمي، من ناحية قدرتها على علاج الكثير من الأمراض، والعمل على توفير الأجنة لإجراء البحوث عليها.(2) ويثار التساؤل عن مدى إمكانية توفير الحماية الجنائية للجنين المستنسخ، ولكننا في البداية نود أن نمر سريعاً بماهية الاستنساخ من حيث مفهومه وأنواعه وكيفيته، وذلك على النحو التالي:-

أولاً: مفهوم الاستنساخ.

الاستنساخ لغة: يعني النقل، فيقال نسخ الكتاب أي نقله وكتبه حرفاً حرف، وتناسخ الشيئان أي نسخ أحدهما الآخر، وتناسخت الأشياء أي تداولت فكان بعضها مكان بعض، والنسخة هي صورة المكتوب أو المرسوم.(3)

الاستنساخ اصطلاحاً: هو إيجاد نسخة طبق الأصل من شئ ما من الكائنات الحية، نباتاً أو حيواناً أو إنساناً. وقيل : هو الحصول على نسخة مطابقة تماماً من حيث الخصائص الوراثية والفسيولوجية لكائن حي آخر.(4)

---

1) See; Joan Haran: "Human Cloning in the Media, From Science Fiction to Science Practice". Routledge, 2008. P, 5.

2) Joan Haran: Op. Cit. P, 46.

3) المعجم الوسيط، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٩٥٣، ٩٥٤ .

4) مقال بعنوان "الاستنساخ والتعديل الوراثي بين الرفض والقبول"، منشور عبر مواقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١٠/١/١٠ . http://www.startimes.com/f.aspx?t=7855385

- وكان مصطلح الجنين المستنخ موضوعاً للنقاش بين مصطلحات أخرى كالخلية = =

ثانياً: الفرق بين الاستنساخ والتلقيح الصناعي.

التلقيح الصناعي - كما سبق وبينا- هو عملية يتم فيها تلقيح بويضة امرأة بالسائل المنوي للرجل، عن طريق الحقن داخل الرحم. أو عن طريق اخصاب البويضة المؤنثة بالسائل المنوي للرجل في انبوب مهيأ، حيث يتم تهيأة مناخ كيميائي يشبه وسط الرحم لفترة زمنية معينة. ثم تعاد البويضة الملقحة إلى رحم المرأة مرة أخرى كي تبدأ في النمو والتطور.

أما الاستنساخ فهو توالد لا جنسي لا يحدث فيه إخصاب لبيضة الأنثى بالسائل المنوي للذكر، فالإنسان المستنسخ لا أب له، حيث يتم أخذ نواة خلية من شخص، هذه النواة تحتوي على جميع الصفات الوراثية لهذا الشخص، سواء أكانت هذه الخلية من أنثى أخرى غير الأنثى صاحبة البويضة أم كانت من خلية من خلايا الذكر وليس حيواناً منوياً . فيكون الجنين الناتج عن هذا الاستنساخ نسخة طبق الأصل من الشخص الذي أخذت نواة خليته وحده. فالاستنساخ يتم بالخلايا الجسدية لا الجنسية.(1)

وقد حدا ذلك بالعلماء إلى تسميته استنساخاً؛ ذلك لأن المولود يكون نسخة طبق الأصل ممن أخذت نواه خليته التي زرعت في البويضة. فإذا كانت النواة أخذت من أنثى، فسيكون المولود أنثى طبقاً للأنثى صاحبة النواة بكل صفاتها الوراثية.(2)

= = المعاد برمجتها، والجنين المشتق، والأجنة غير المشكلة من خلال الإخصاب. انظر:-
Joan Haran:"Human Cloning in the Media, From Science Fiction to Science Practice". P, 93.-

(1) نفس المرجع السابق.

(2) د. ايمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٠٣ .

ثالثاً: أنواع الاستنساخ.

ثمة أنماط عديدة للاستنساخ تتمثل في الآتي:-

(أ) الاستنساخ الجزيني.

يقصد به إنتاج نسخ طبق الأصل من سلسلة جزئية للحمض النووي الريبي (DNA)[1]. فكثيراً ما يستخدم الاستنساخ من أجل تضخيم أجزاء من سلسلة الحمض النووي، وهو ما يحتوي على مورثات كاملة. بل قد تستخدم هذه التقنية من أجل تضخيم أي سلاسل جزئية أخرى.

وتتم هذه العملية بانتزاع مادة (H1N1) من نواة خلية البويضة للأم لتحل محلها مادة(DNA) الأب الافتراضي المستخلصة من خلاياه. ثم يسلط على الخلية الملقحة شحنات كهروبائية لشحن عملية الانقسام كأي جنين طبيعي. ثم توضع في محلول ملحي لتنقسم وتوضع في رحم الأم الحاضنة بطريقة تشبه عملية التخصيب الصناعي. غير أن التجارب العلمية أثبتت أنه في هذه الحالة تتعرض حياة الأم والجنين لمخاطر كبيرة، فعادة ما يكون الجنين أكبر من أي جنين عادي. الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية حدوث تمزق في الرحم، أو انتفاخه بالسوائل، لذلك فكل حمل

---

[1]) يتكون DNA من عددين من النيوكليتيدات، حيث تتركب النيوكليوتيدة الواحدة من ثلاث مكونات وهي: سكر ديوكسي ريبوز، ومجموعة من الفوسفات، واحدة من القواعد النيوتروجينية الأربعة المتمثلة في الآتي: أدينين، ثايمين، جوانين، سيتوزين. مع ملاحظة أن هذه النيوكليدات الأربعة لا تتوافر بنسب متساوية في أفراد الأنواع المختلفة، في حين يكون DNA المستخلص من أفراد مختلفة من نفس النوع أو مستخلص من أنسجة مختلفة لنفس الفرد تكون النيوكليدات به لها نفس النسبة. (للمزيد انظر د/ غنام محمد غنام " دور البصمة الوراثية في الإثبات"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، والذي عقد من ٥: ٧ مايو لعام ٢٠٠٢م).

استنساخي يتعرض للإجهاض التلقائي.([1])

(ب) **الاستنساخ العلاجي.**

الاستنساخ العلاجي هو إنتاج أجنة بشرية لاستخدامها في البحث، فهذه العملية لا تهدف إلى توليد كائنات بشرية مستنسخة، بل تكون من أجل الحصول على خلايا جذعية يمكن استخدامها لدراسة التنامي البشري ومعالجة الأمرض. فتعود أهمية الخلايا الجذعية إلى إمكانية استخدامها في توليد أي نوع من الخلايا المتمايزة في الجسم البشري. وهو ما يستهدف استعمال مادة جينية من خلايا المريض نفسه لإنتاج خلايا مثل: خلايا جزر البنكرياس لعلاج السكر، أو خلايا عصبية لإصلاح العمود الفقري التالث. بل قد يكون ذلك حلاً لإنتاج خلايا سليمة تحل محل الخلايا المتأذية في بعض الأمراض مثل مرض الزهايمر.([2])

- **الاستنساخ العضوي:** يعد الاستنساخ العضوي داخلاً ضمن الاستنساخ العلاجي، والذي عن طريقه يتم استنساخ أعضاء بشرية لتحل محل العضو المراد استبداله، فلا يترتب عليه استنساخ أجنة بشرية كاملة. وإنما استنساخ أعضاء فقط مثل القلب أو الكلى أو الكبد أو الطحال، وذلك عن طريق زراعة أنسجة وخلايا في العضو المراد استبداله، أو استنساخ أعضاء بشرية تحل محل الأعضاء التالفة.([3])

(ج) **الاستنساخ البشري (الجسدي).**

يقصد به إنتاج مواليد من خلايا جسدية مأخوذة من متبرعين.

---

[1]) Joan Haran: "Human Cloning in the Media, From Science Fiction to Science Practice". P, 93.

[2]) د. منير شحود، مقال بعنوان " الاستنساخ، انواعه وآفاق تطبيقاته"، صحيفة الحوار المتمدن، العدد ٦٨٨، بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠٠٣ .

[3]) د. أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٠٧ .

فيكون المولود حاملاً لجميع صفات الشخص المتبرع المانح للخلية الجسدية وحده، ومن ثم يكون نسخة طبق الأصل له، وذلك نتيجة احتواء هذه الخلية على جميع الخصائص الوراثية للشخص المتبرع.

ويتم ذلك عن طريق أخذ خلية جسدية تحتوي على ٤٦ كروموسوم، ثم تزرع هذه النواة في بويضة أنثى بعد أن تفرغ هذه البويضة من نواتها، ثم تنقل هذه البويضة إلى رحم أنثى بعد أن تتم عملية دمج نواة الخلية بالبويضة المفرغة من نواتها، ويزرع هذه البويضة في رحم أنثى تبدأ بالتكاثر وتنقسم وتنمو وتتحول إلى جنين، ثم إلى جنين كامل ثم تولد، وتكون صورة طبق الأصل لشخص المتبرع بالخلية.(١)

كيف تتم عملية استنساخ الأعضاء البشرية؟

تتم عملية استنساخ الأعضاء البشرية بالخطوات الآتية:(٢)

١) أخذ خلية جسدية من الشخص المراد استنساخ عضو من أعضائه.

٢) تحقن المادة الوراثية الموجودة في نواة الخلية الجسدية في بيضة مفرغة من محتوياتها الوراثية أو النواة.

٣) تترك النطفة المتكونة ليتحول الحامض النووي للخلية الجسدية إلى حامض نووي جنيني، يمكن من خلاله أن يوجه لعمل أي نوع من خلايا الجسم.

٤) تبدأ الخلايا في الانقسام وتصل بعد خمسة أيام إلى مرحلة تسمى " البلاستيولا" والتي تؤخذ منها الخلايا الجذعية والتي من خلالها يتم

---

(١) انظر د.نجيب ليوس "الطريق الصحيح لتشخيص وعلاج العقم"، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢، منشور عبر الموقع الرسمي للدكتور نجيب ليوس
www.layyous.com

(٢) د. عبد الهادي مصباح "العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية، رؤية مستقبلية للطب والعلاج خلال القرن الحادي والعشرين"، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١، ص ٣٤.

استنساخ أي عضو من الأعضاء البشرية.

٥) توضع الخلايا الجذعية الأم في مزرعة، ويتم إطالة عمرها بواسطة إنزيم يسمى " تيلوميريز".

٦) يتم توجيه هذه الخلايا بواسطة عوامل نمو معينة، وذلك لتكوين خلايا دم أو خلايا عصبية أو خلايا قلب أو غيرها من العضو المراد استنساخه.

٧) يتم إعادة زراعة هذه الأعضاء أو خلاياها للشخص المصاب الذي يحتاج إليها، والذي أخذت منه الخلية الجسدية الأولى المراد استنساخ نسخة طبق الأصل منها.

- **الاستنساخ الجنيني:** هذا الاستنساخ لا يهدف إلى إنتاج نسخة كاملة من البشر، بل يهتم فقط بالمراحل الأولى للأجنة. فيتم عن طريق تلقيح حيوان منوي يحتوي على ٢٣ كروموسوم ببيضة تحتوي على ٢٣ كروموسوماً، فتنتج بيضة ملقحة ذات ٤٦ كروسوماً، ثم تنقسم هذه الخلية إلى خليتين ثم إلى أربع خلايا. بحيث تصبح كل خلية صالحة للانقسام بعد تهيئة ظروف انقسامها ونموها، ثم تزرع هذه الخلايا في رحم الأم.

رابعاً: موقف الفقه من عمليات الاستنساخ.

نتعرض لبيان موقف الفقه والعلماء من عمليات الاستنساخ، بحسب النظر إلى أنواع الكائنات الخاضعة للاستنساخ. وذلك على النحو التالي:-

(أ) استنساخ الحيوانات والنباتات.

اتفق الفقه والعلماء على جواز استنساخ الحيوانات والنباتات؛ ذلك لأنه يعد سبباً من أسباب تنمية هذه الكائنات، وزيادة لمصادر تلك الثروات. وذلك لما يحققه من فوائد ومزايا عديدة - متى تم وفقاً لضوابط وشروط معينة. بحيث لا يؤثر على التوازن البيئي،

ووفقاً للضوابط الشرعية، دون عبث بالبيئة- والتي منها:([1])

١- إمكانية استنساخ بعض الحيوانات والتي يمكن استخدامها في العلاجي الإنساني، كإمكانية نقل الكبد أو القلب من الحيوان إلى الإنسان، دون أن يؤثر ذلك على الإنسان بالسلب، ومن ثم إمكانية استخدامها في زراعة الأعضاء.

٢- يساعد الاستنساخ في مجال الحيوان على إمكانية استخلاص الأدوية والعقاقير. مثل استنساخ الجين المسئول عن صنع الأنسولين في الدم، أو الجين المسئول عن إفراز الهرمون المحفز على تكوين البويضات في مبيض المرأة. ومعالجة الكثير من الأمراض الوراثية التي قد تصيب الإنسان كضمور خلايا المخ أو أمراض القلب.

٣- يؤدي نجاح استنساخ النبات إلى إمكانية استنساخ النباتات ذات القيمة الغذائية والاقتصادية، بل يمكن إنتاج أنواع نباتية مقاومة للحشرات والفيروسات.

٤- استنساخ النباتات يؤدي إلى زيادتها في وقت يتزايد فيه السكان، وتتناقص فيه حجم الرقعة الخضراء، حيث أصبحنا في حاجة إلى ضرورة استنساخ النباتات.

(ب) الاستنساخ البشري.

اتجه غالبية العلماء إلى عدم جواز الاستنساخ البشري مطلقاً. وأرجعوا السبب في ذلك إلى عدة أمور:- ([2])

١- الاستنساخ البشري يعد تعدياً على قدرة الله، نظراً لمخالفته

---

[1]) انظر د. محمود أحمد طه "الإنجاب بين التجريم والمشروعية"، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٠، ص ٤٣٤.

كذلك راجع موقع النت أدناه، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٢/٢٧ .

http://www.smsec.com/ar/encyc/sc4all/colon1.htm

[2]) د. أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. منير شحود، المرجع السابق.

التوازن البيئي القائم على اختلاف الجنس. فهو يقوم على تخليق نسخة مكررة من شخص واحد، فالله سبحانه وتعالى خص كل شخص بدوره وشخصيته وصفاته الخاصة به. فالاستنساخ في هذه الحالة يترتب عليه مفاسد كثيرة في الحياة البشرية والاجتماعية، فكيف يعرف الرجل زوجته من غيرها والأخرى نسخة مطابقة لها، وكيف تعرف المرأة زوجها من غيره، وما يترتب عليه اضطراب الحياة وفسادها.

٢- الاستنساخ البشري يخالف الفطرة التي خلقها الله. فسوف يزيد من ظهور الأمراض الوراثية، بل إنه سيحد من الزواج. كما أنه يؤثر على الأنساب وصلات الأرحام، واختلاط الأنساب. وهو ما يعد خروجاً عن المنهج الشرعي للإنجاب، وهو ما لا يقبله الدين الإسلامي.

٣- أثبتت معظم التجارب والأبحاث العلمية أن الاستنساخ البشري له مخاطر كبيرة. بل إن معظم الكائنات التي تم استناسخها ومن بينها النعجة دوللي جاءت مصابة بتشوهات وعيوب، والتي كان منها زيادة في الحجم وكذلك التشوهات الخلقية في الأعضاء كالقلب والكبد. الأمر الذي يجعل الاستنساخ خطراً على سلامة الجنس البشري.

٤- الاستنساخ سوف يفتح باب الاتجار بالجنس، بل والاتجار بالبشر. وقد يتم التركيز على استنساخ الذكور مثلاً، ومن فصائل معينة، فما حال المجتمع إذا أصبح كله ذكوراً.

(ج) استنساخ الأعضاء البشرية.

يبدو أنه على الرغم من رفض غالبية الفقه والعلماء لعملية الاستنساخ البشري، إلا أنهم اتفقوا على جواز إمكانية استنساخ الأعضاء البشرية. طالما أنه أمر تدعو إليه الحاجة، ولما يحققه من

فوائد للإنسان والتي منها:-

١- من شأن استنساخ الأعضاء البشرية علاج الكثير من الأمراض الوراثية والمزمنة والتي غالباً ما تؤدي إلى الوفاة، بل تكون مصدراً لحلول خلايا سليمة محل خلايا مريضة أو متأذية في بعض الأحيان.

٢- يؤدي استنساخ الأعضاء إلى الحد من الاتجار بالبشر، والذي أصبح جريمة يواجهها العالم بأكمله.

٣- استنساخ الأعضاء يفتح مجالاً لاستنساخ القلب والكبد والكلي والشرايين، وذلك لمن يعانون من مشاكل خاصة بهذه الأعضاء. بل يساعد الأطباء على حل مشكلة رفض الجسم للعضو الخارجي الذي يتم زرعه بداخله.

خامساً: موقف التشريعات الوضعية من عمليات الاستنساخ البشري.

لم يورد المشرع المصري أية نصوص تتعلق بعمليات الاستنساخ البشري، بل مازال بعيداً عن وضع نصوص تنظم هذه العملية، وبيان ما هو المشروع وما هو المحظور. ونحن نعتقد أنه مازال ينتظر حسماً لهذه المشكلة، بالرغم من الانتقادات الكثيرة الموجهة لتلك العملية. وإن كان الفقه الإسلامي قد حسمها وأغلق باب الاجتهاد فيها.

أما المشرع الإماراتي، فقد نص في القانون رقم ٧ لسنة ١٩٧٥ المتعلق بمزاولة مهنة الطب البشري على ما يلي "يكون الطبيب مسئولاً في حالة إجرائه على المريض أبحاثاً أو تجارب علمية غير معتمدة فنياً وترتب على ذلك الإضرار به".

كما نص التشريع السويدي فيما يتعلق بطب الإنجاب الإنساني في ١٨ أكتوبر ١٩٩٠، وذلك في المادة ٨ منه على أنه "لا يسمح بإجراء الأبحاث والتجارب على البيضات المخصبة أو الأجنة في الأرحام أو أي أجزاء منها، وفي جميع الأحوال يمنع إجراء البحث أو التجربة في الأحوال التالية:

أ) الاستنساخ ب) تخليق الحيوانات الخرافية

ج) الكائن المخلق من الإنسان أو الحيوان"٠

أما التشريع الفرنسي فقد تضمن قانون الأخلاقيات الطبية الصادر في ٦ أغسطس سنة ٢٠٠٤، حظر حدوث الحمل بطريق طفل الأنابيب أو الاستنساخ البشري لأغراض تجارية أو صناعية وفقاً للمادة ٤١٥٤ من قانون الأخلاقيات الطبية الفرنسي٠ أما فيما يتعلق باستنساخ النسيج الجنيني لأغراض علاجية أو بحثية، فبحسب الأصل يعد محظوراً، ولكن يمكن استثناء إجرائه استناداً للمادة ٢١٥١ من نفس القانون متى تم ذلك وفقاً لشروط معينة يحددها القانون٠ وفيما يتعلق بالبويضات الزائدة أو الأنسجة والخلايا الجنينية، فلا يمكن الاحتفاظ بها لأغراض تشخيصية أو علمية أو علاجية إلا وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ١٢٤١- ٥ من قانون الصحة العامة٠ كذلك يمكن استيراد الأنسجة أو البويضات الملقحة لأغراض البحث وفقاً للشروط التي يحددها القانون٠ (١)

وعلى ذلك نصت المادة (٥١١- ١٨) من قانون العقوبات الفرنسي بمعاقبة كل من يقوم باستنساخ أجنة إنسانية لأغراض علاجية بالسجن سبع سنوات وبغرامة مائة ألف يورو(٢)٠ كذلك تعاقب المادة

---

1) Jean-François Seuvic. "Protection de l'embryon humain; assistance médicale à la procréation, clonage, recherche ; articles 511-15 à 511-28 du code penal". Revue de science criminelle 2004, p. 920.

2) Code pénal, Section 3 : De la protection de l'embryon humain. Article 511-18, " Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende".(Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 28 JORF 7 août 2004).

(٥١١- ١٩)عقوبات فرنسي كل من قام بدراسة أو بحث على الأجنة، متى خالف الشروط الأتية:- ([1])

١- عدم الحصول مسبقاً على موافقة كتابية، أو التصريح المشار إليه في المادة (٢١٥١- ٥) من قانون الصحة العامة الفرنسي. أو إذا تم سحب هذا الترخيص أو إعاقته أو إبطال تلك الموافقة الكتابية.

٢- عدم احترام التعليمات والنصوص التشريعية واللائحية، أو تلك التي نص عليها الترخيص، وفي حالة المخالفة تكون العقوبة سبع سنوات وغرامة مائة ألف يورو. كما يعاقب كل من قام

---

[1]) Code pénal, Section 3 : De la protection de l'embryon humain. Article 511-19, "I. - Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain :

1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué ;

2° Sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende.

II. - Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur des cellules souches embryonnaires :

1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué ;

2° Sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende.

بالدارسة أو البحث على الخلايا الجذعية للجنين مع عدم مراعاة الشروط السابقة بالحبس سنتين وبغرامة ثلاثين ألف يورو.

وتعاقب المادة (٥١١- ٢٣)عقوبات فرنسي كل من قام بادخال أنسجة جنينية بشرية على الإقليم الفرنسي، أو قام بإخراجه دون الترخيص المنصوص عليه في المادة (٢١٤١- ٩) من قانون الصحة العامة الفرنسي، بالحبس ثلاث سنوات، وبغرامة ٤٥ ألف يورو(١). كما تعاقب المادة (٥١١- ٢٥)عقوبات فرنسي من يقوم باستقبال هذه الأنسجة الجنينية، دون التصريح القضائي المنصوص عليه في المادة (٢١٤١- ٦- ٢) من قانون الصحة العامة، أو خارج المؤسسات الصحية المصرح لها بذلك، بالحبس سنتين وبغرامة ٣٠ ألف يورو.(٢)

---

1) Code pénal. Sectior. 3 : De la protection de l'embryon humain. Article 511-23, "Le fait d'introduire des embryons humains sur le territoire où s'applique le code de la santé publique ou de les sortir de ce territoire sans l'autorisation prévue à l'article L. 2141-9 du code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende".(Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 28 JORF 7 août 2004).

2) Code pénal, Section 3 : De la protection de l'embryon humain. Article 511-25, "Le fait d'exercer les activités nécessaires à l'accueil d'un embryon humain dans des conditions fixées à l'article L. 2141-6 du code de la santé publique :

1° Sans s'être préalablement assuré qu'a été obtenue l'autorisation judiciaire prévue au deuxième alinéa dudit article ;

2° Ou sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage des maladies infectieuses exigés au sixième alinéa du même article ;

3° Ou en dehors d'un établissement autorisé conformément aux =

سادساً: موقف الفقه الإسلامي من الاستنساخ البشري.

حسم مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة في المملكة العربية السعودية خلال الفترة من ٢٣- ٢٨ صفر ١٤١٨هـ الموافق ٢٨ - حزيران (يونيو) - ٣ تموز (يوليو) ١٩٩٧م. بعد اطلاعه على البحوث المقدمة في المجمع بخصوص موضوع الاستنساخ البشري، والدراسات والبحوث والتوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية التاسعة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بالتعاون مع المجمع وجهات أخرى. في الدار البيضاء بالمملكة المغربية في الفترة من ٩- ١٢ صفر ١٤١٨هـ الموافق ١٤- ١٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٧م، واستماعه للمناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة الفقهاء والأطباء، انتهى إلى ما يلي:- (١)

لقد خلق الله الإنسان في أحسن تقويم، وكرمه غاية التكريم فقال عز من قائل{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}(٢)، زينّه بالعقل، وشرفه بالتكليف، وجعله خليفة في الأرض واستعمره فيها، وأكرمه بحمل رسالته التي تنسجم مع فطرته بل هي الفطرة بعينها لقوله سبحان {فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ}(٣)، وقد حرص الإسلام على الحفاظ على فطرة الإنسان سوية من خلال المحافظة على المقاصد الكلية الخمسة الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وصونها من

== dispositions du septième alinéa du même article,est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende.(Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 28 JORF 7 août 2004).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر. مرجع سابق الإشارة إليه.

(٢) سورة الإسراء، الآية رقم ٧٠ .

(٣) سورة الروم، الآية رقم ٣٠ .

كل تغيير يفسدها، سواء من حيث السبب أم النتيجة، يدل على ذلك الحديث القدسي الذي أورده القرطبي من رواية القاضي إسماعيل : "إني خلقت عبادي حنفاء كلهم، وإن الشياطين أتتهم فاجتالتهم عن دينه- إلى قوله - وأمرتهم أن يغيروا خلقي"(١)٠

والإسلام لم يضع حجراً ولا قيداً على حرية البحث العلمي، إذ هو من باب استكناه سنة الله في خلقه٠ ولكن الإسلام يقضي كذلك بألا يُترك الباب مفتوحاً بدون ضوابط أمام دخول تطبيقات نتائج البحث العلمي إلى الساحة العامة بغير أن تمر على مصفاة الشريعة، لتمرر المباح وتحجز الحرام٠ فلا يسمح بتنفيذ شيء لمجرد أنه قابل للتنفيذ، بل لابد أن يكون علماً نافعاً جالباً لمصالح العباد ودارئاً لمفاسدهم ٠ ولابد أن يحافظ هذا العلم على كرامة الإنسان ومكانته والغاية التي خلقه الله من أجلها٠ فلا يتخذ حقلاً للتجريب، ولا يعتدي على ذاتية الفرد وخصوصيته وتميزه٠ ولا يؤدي إلى خلخلة الهيكل الاجتماعي المستقر أو يعصف بأسس القرابات والأنساب وصلات الأرحام والهياكل الأسرية المتعارف عليها على مدى التاريخ الإنساني في ظلال شرع الله وعلى أساس وطيد من أحكامه٠

وقد كان مما استجد للناس من علم في هذا العصر، ما ضجت به وسائل الإعلام في العالم كله باسم الاستنساخ٠ وكان لابد من بيان حكم الشرع فيه، بعد عرض تفاصيله من قبل نخبة من خبراء المسلمين وعلمائهم في هذا المجال٠

تعريف مجمع الفقه الإسلامي للاستنساخ :

من المعلوم أن سنة الله في الخلق أن ينشأ المخلوق البشري من

---

(١) "الجامع لأحكام القرآن" للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفى في ٦٧١هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، سنة ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ص ٣٨٩ ٠

اجتماع نطفتين اثنتين تشتمل نواة كل منهما على عدد من الصبغيات (الكروموسومات) يبلغ نصف عدد الصبغات التي في الخلايا الجسدية للإنسان . فإذا اتحدت نطفة الأب (الزوج) التي تسمى الحيوان المنوي بنطفة الأم (الزوجة) التي تسمى البويضة تحولتا معاً إلى نطفةٍ أمشاج أو لقيحة، تشتمل على حقيبة وراثية كاملة، وتمتلك طاقة التكاثر، فإذا انغرست في رحم الأم تنامت وتكاملت وولدت مخلوقاً مكتملاً بإذن الله . وهي في مسيرتها تلك تتضاعف فتصير خليتين متماثلتين، ثم تواصل تضاعفها حتى تبلغ مرحلة تبدأ عندها بالتمايز والتخصص، .فإذا انشطرت إحدى خلايا اللقيحة في مرحلة ما قبل التمايز إلى شطرين متماثلين تولد منهما توأمان متماثلان. وقد أمكن في الحيوان إجراء فصل اصطناعي لأمثال هذه اللقائح، فتولدت منها توائم متماثلة، ولم يبلّغ بعد عن حدوث مثل ذلك في الإنسان. وقد عد ذلك نوعاً من الاستنساخ أو التنسيل، لأنه يولد نسخاً أو نسائل متماثلة، وأطلق عليه اسم الاستنساخ بالتشطير.

وثمة طريقة أخرى لاستنساخ مخلوق كامل، تقوم على أخذ الحقيبة الوراثية الكاملة على شكل نواة من خلية من الخلايا الجسدية، وإيداعها في خلية بويضة منزوعة النواة، فتتألف بذلك لقيحة تشتمل على حقيبة وراثية كاملة، وهي في الوقت نفسه تمتلك طاقة التكاثر .إذا غرست في رحم الأم تنامت وتكاملت وولدت مخلوقاً مكتملاً بإذن الله . وهذا النمط من الاستنساخ الذي يعرف باسم (النقل النووي) أو (الإحلال النووي للخلية البييضية) وهو الذي يفهم من كلمة الاستنساخ إذا أطلقت وهو الذي حدث في النعجة (دوللي).على أن هذا المخلوق الجديد ليس نسخة طبق الأصل، لأن بويضة الأم المنزوعة النواة تظل مشتملة على بقايا نووية

في الجزء الذي يحيط بالنواة المنزوعة، لهذه البقايا أثر ملحوظ في تحوير الصفات التي ورثت من الخلية الجسدية، ولم يبلغ أيضاً عن حصول ذلك في الإنسان.

فالاستنساخ إذن هو: توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بييضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء.

ولا يخفى أن هذه العمليات وأمثالها لا تمثل خلقاً أو بعض خلق، قال الله عز وجل: { أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ } (١)، وقال تعالى { أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ، أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ، نَحْنُ قَدَّرْنَا بَيْنَكُمُ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ، عَلَى أَنْ نُبَدِّلَ أَمْثَالَكُمْ وَنُنْشِئَكُمْ فِي مَا لَا تَعْلَمُونَ، وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ النَّشْأَةَ الْأُولَى فَلَوْلَا تَذَكَّرُونَ } (٢).

وقال سبحانه {أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ، وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ، قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ، الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ مِنَ الشَّجَرِ الْأَخْضَرِ نَارًا فَإِذَا أَنْتُمْ مِنْهُ تُوقِدُونَ، أَوَلَيْسَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يَخْلُقَ مِثْلَهُمْ بَلَى وَهُوَ الْخَلَّاقُ الْعَلِيمُ، إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ} (٣). وقال تعالى {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ} .(٤)

وبناء على ما سبق من البحوث والمناقشات والمبادئ الشرعية التي طرحت على مجلس المجمع، قرر ما يلي- :

---

١) سورة الرعد، الآية ١٦ .

٢) سورة الواقعة، الآية من ٥٨ إلى ٦٢ .

٣) سورة يس، من الآية ٧٧ إلى ٨٢ .

٤) سورة المؤمنون، الآية رقم ١٢ إلى ١٤ .

أولاً: تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري .

ثانياً: إذا حصل تجاوز للحكم الشرعي المبين في الفقرة (أولاً) فإن آثار تلك الحالات تعرض لبيان أحكامها الشرعية.

ثالثاً :تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية، سواء أكان رحماً أم بييضة أم حيواناً منوياً أم خلية جسدية للاستنساخ .

رابعاً: يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد.

خامساً: مناشدة الدول الإسلامية إصدار القوانين والأنظمة اللازمة لغلق الأبواب المباشرة وغير المباشرة أمام الجهات المحلية أو الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب، للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميداناً لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها .

سادساً : المتابعة المشتركة من قبل كل من مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية، وضبط مصطلحاته، وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به.

سابعاً: الدعوة إلى تشكيل لجان متخصصة تضم الخبراء وعلماء الشريعة لوضع الضوابط الخلقية في مجال بحوث علوم الأحياء (البيولوجيا)، لاعتمادها في الدول الإسلامية .

ثامناً: الدعوة إلى إنشاء ودعم المعاهد والمؤسسات العلمية التي تقوم بإجراء البحوث في مجال علوم الأحياء (البيولوجيا) والهندسة الوراثية في غير مجال الاستنساخ البشري، وفق الضوابط الشرعية، حتى لا يظل العالم الإسلامي عالة على غيره، وتبعاً في هذا المجال.

تاسعاً: تأصيل التعامل مع المستجدات العلمية بنظرة إسلامية، ودعوة أجهزة الإعلام لاعتماد النظرة الإيمانية في التعامل مع هذه القضايا، وتجنب توظيفها بما يناقض الإسلام. وتوعية الرأي العام للتثبت قبل اتخاذ أي موقف، استجابة لقول الله تعالى {وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ}.(1)

خلاصة ذلك أنه لم نتوصل في النهاية إلى مدى إمكانية إضفاء الحماية الجنائية للجنين المستنسخ، وذلك نتيجة لعدم نجاح استنساخ الجنين البشري حتى الآن، وفي حالة افتراضنا لنجاح تلك العملية، فقه أجمع الفقه والعلماء على عدم جواز استنساخه من البداية سداً لباب الاتجار بالبشر والاتجار بالجنس، فضلاً عن تأثيره على الأنساب وصلات الرحم، فهو يعد خروجاً عن المنهج الشرعي للإنجاب، وهو ما لا يقبله التشريع الإسلامي. ومن ثم لا يحسم الأمر فيما إذا تم إجهاض جنين الاستنساخ حتى الآن، فمازال الأمر محل بحث.

---

(1) سورة النساء، الأية رقم ٨٣ .

المبحث الثاني
مفهوم الجنين، ومراحل تكوينه

تمهيد :-

سبق وأن بينا مفهوم حق الجنين في الحياة، وذلك لما ورد في رأي الفقه والمفكرين المعارضين للإجهاض. واستنادهم في ذلك إلى المعاهدات والمواثيق الدولية والتي تبنت التأكيد على الحق في الحياة. فضلاً عن عناية الشرع والإسلام بهذا الحق. إلا أننا نرى أنه يتعين علينا بيان مفهوم الجنين، ومدى الحماية القانونية المقررة له، والذي يعتبر حقه في الحياة هو المصلحة الأولى التي يهدف القانون إلى حمايتها.

نتناول في هذا المبحث بيان مفهوم الجنين سواء في اللغة أم في التشريع الإسلامي، كما نتعرض لبيان مراحل تكوين الجنين، والذي يكون الحد الفاصل بين قبول الإجهاض من عدمه في بعض الحالات على ما سنرى فيما بعد. وذلك من خلال بيان المطالب الآتية:-

المطلب الأول: مفهوم الجنين.

المطلب الثاني: مراحل تكوين الجنين.

المطلب الأول
مفهوم الجنين

أولاً: المفهوم اللغوي.

ورد في لسان العرب في فصل الجيم، حرف النون مادة (جنن) جَنَّ الشيء يجنه جنا ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك وجنة الليل يجنه جناً وجنوناً، وجنَّ عليه يَجُنُّ بالضم وأجنه ستره. وفي الحديث جن عليه الليل أي ستره و به يسمى الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه. (1)

---

(1) لسان العرب، لابن منظور، الجزء السادس عشر، ص ٢٤٤ .

وجاء في نهاية الأدب للنويري " قالت الحكماء يشتمل الإنسان من كونه نطفة إلى أن يهرم ويموت على سبعة وعشرين حال، وسبعة وعشرين اسما، نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم عظاماً ثم خلقاً ثم جنياً ثم وليداً ثم رضيعاً ".[1]

أما المعجم الوجيز فقد جاء فيه الجنين بمعنى المستور، والولد ما دام في الرحم. وفي الطب: ثمرة الحمل في الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن، وبعده يسمى الحميل، أما في علم النبات : النبات الأول في الحبة ، والجمع أجنه وأجنن .[2]

ثانياً: مفهوم الجنين في اصطلاح أهل الطب والقانون.

ذهب رأي في الطب، إلى أن اصطلاح الجنين يطلق منذ الفترة من الأسبوع الثاني وحتى نهاية الأسبوع الثامن. تلك الفترة التي يتم فيها انغراز البيضة الملقحة في جدار الرحم، وتسمى بمرحلة العلوق. ويطلق عليه اسم الحميل من بداية الشهر الثالث وحتى وقت الولادة.[3]

وعرفه رأي آخر في اصطلاح القانون بأنه كل ما يطلق على ما في الرحم منذ بدء التلقيح وحتى الاستقرار فيه.[4]

ثالثاً:مفهوم الجنين في الفقه الإسلامي.

يرى الإمام الشافعي أن كلمة "جنين" تطلق على الحمل بعد مرحلة النطفة والعلقة والمضغة، وبعد أن يتبين من خلقه شيء من

---

[1]) د. هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين، بين التجريم الجنائي والإباحة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩، ص٢١ .

[2]) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ١٢٢ .

[3]) د. محمد على البار "خلق الإنسان بين الطب والقرآن"، الدار السعودية ، جدة الطبعة الثالثة، سنة ١٩٨١، ص ٣٧٠ .

[4]) د. شوقي زكريا الصالحي "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٥١ .

خلق آدمي، إصبع أو ظفر أو عين أو ما شبه ذلك ".[1] ويقول الشافعي "وأقل ما يكون به السقط جنيناً فيه غرة، أن يتبين من خلقه شيء يفارق المضغة أو العلقة إصبع أو ظفر أو عين أو ما بان من خلقه سوى هذا".[2]

وذهب الحنابلة إلى أن الجنين "هو ما فيه صورة خلق آدمي، أو لم تكن فيه صورة آدمي، إلا أنه قد شهد ثقات بأنه فيه صورة خفية لآدمي، وأنه لو بقي لتصور".[3]

ويعرف بعض المالكية الجنين بأنه "الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لم يذب"[4]. وقال البعض الآخر بأنه "كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد، سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة أو دماً"[5].

وذهب ابن عابدين من الحنفية أن الجنين هو "الحمل ما دام مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو، أو إذا تصور بأن له شعر أو إصبع أو رجل أو نحو ذلك ".[6]

---

[1]) "الأم"، لأبي عبد الله محمد ابن إدريس الشافعي، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ، مطابع دار الفكر، بيروت،الجزي الخامس، سنة ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م، ص ١٤٣ .

[2]) "الأم"، لأبي عبد الله محمد ابن إدريس الشافعي ، المرجع السابق، الجزء السادس، ص ١١٥.

[3]) د. منال مراوان منجد، المرجع السابق، ص ٢٩٤ .

[4]) "حاشية منحة الخالق" لابن عابدين على هامش كتاب البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، بدون دار نشر، الجزء الأول، ص ٢٣٠

[5]) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للإمام شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، الجزء الرابع، ص ٢٦٨ .

[6]) "حاشية منحة الخالق" لابن عابدين، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

المطلب الثاني
مراحل تكوين الجنين

يلزم للحديث عن الإجهاض التعرض لبيان مراحل تكوين الجنين في بطن أمه؛ ذلك لأن أحكام الإجهاض تنبنئ من هذه المراحل وتبني عليها. وخير بيان لهذه المراحل ما ورد في القرآن الكريم، حيث جاء في كتاب الله عز وجل مراحل تكوين الجنين منذ أصل التكوين الجنيني وهو التلقيح والولادة. فقال تعالى} وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ {(١). قال تعالى} وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ {(٢). وقال }وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِنْ صَلْصَالٍ مِنْ حَمَإٍ مَسْنُونٍ{(٣). وقال جل جلاله }خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ صَلْصَالٍ كَالْفَخَّارِ {.(٤)وسوف نتناول بيان هذه المراحل على النحو التالي:-

المرحلة الأولى: مرحلة النطفة.

النطفة في اللغة جمع نطاف ونطف، وهي الماء الصافي والقطرة والمني.(٥) وعرفت النطفة أيضاً بأنها الإفرازات التي تفرزها الخصية والبروستاتا والحويصلة المنوية في جهاز الرجل التناسلي .(٦) قال تعالى} أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى{.(٧)

وجاء في تفسير ابن كثير النطفة بمعني "الماء الدافق الذي تخرج

---

(١) سورة المؤمنون، الآيات رقم ١٢، ١٣، ١٤ .

(٢) سورة المؤمنون، الآية رقم ١٢ .

(٣) سورة الحجر، الآية رقم ٢٨ .

(٤) سورة الرحمن، الآية رقم ١٤ .

(٥) المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص ٦٢١ .

(٦) إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص ٢٩ .

(٧) سورة القيامة، الآية رقم ٣٧ .

من صلب الرجل وهو ظهره وترائب، وهي عظام صدرها ما بين الترقوة إلى السرة".[1]

ويذكر علماء الأجنة أن مصطلح النطفة يبدأ من الحيوان المنوي والبيضة وينتهي بطور الحرث " الانغراس"، وأن النطفة تمر خلال تكوينها بثلاثة أطوار:- [2]

الطور الأول: الماء الدافق، وقد أشار الله عز وجل إلى هذا التدفق في قوله تعالى {فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ، خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ}[3]. فالدافق هو المتدفق لشدة قوته، وقد أثبت العلم في العصر الحديث أن المنويات التي يحتويها ماء الرجل، لابد أن تكون حيوية متدفقة، وهذا شرط للإخصاب.[4]

الطور الثاني: السلالة، والسّل في اللغة يعني انتزاع الشيء وإخراجه برفق، والسلالة ما انسل عن الشيء.[5] فإذا نظرنا إلى الحيوان المنوي فسنجده سلالة تستخلص من ماء الرجل، وتستخرج برفق من الماء المهين، وخلال عملية الإخصاب يرحل ماء الرجل ليقابل ماء المرأة، ولا يصل إلى ماء الرجل إلا القليل. وإلى هذا يشير الحديث الذي رواه أو سعيد الحذري أن الرسول صلي الله عليه وسلم، فقال "ما من كل الماء يكون الولد، وإذا أراد الله خلق شيء لم يمنعه شيء "، فكم من صب لا يحصل منه الولد ومن عزل محدث له .[6]

الطور الثالث: النطفة "الأمشاج"، وهي جمع ويقال أمشاج ومشج، ويقال مشج بينهما أي خلط. وفي علم الأحياء تطلق الأمشاج على الخلايا

---

[1]) د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص116 .

[2]) إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص 29 .

[3]) سورة الطارق ، الآيات رقم 5 ،6، 7 .

[4]) د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص 14، 15 .

[5]) المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص 319 .

[6]) إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص 30 .

الذكرية كالحيوان المنوي، والخلايا الأنثوية كالبيصة، قبل أن تندمجا لتكوين اللاقحة.([1]) وقد أشار القرآن الكريم إليها بقوله تعالى { إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ }([2]).

وفي هذه المرحلة وهي مرحلة النطفة - الأمشاج "الزيجوت"- المتكونة من التحام نواة البيضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل. فيتحدان ويحصل التلاقي والتلاحم؛ وحينئذ تبدأ البيضة الملقحة تنقسم انقساماتها المعروفة المتتالية، فتصبح الخلية خليتين والخليتان أربع والأربع ثماني. ثم تدخل فيما يعرف باسم " التوتة"وذلك في اليوم الرابع من التلقيح، ثم تتحول هذه التوتة إلى ما يعرف باسم "الكرة الجرثومية" وتنغرس في جدار الرحم ([3]) .

المرحلة الثانية: مرحلة العلقة.

العلقة في اللغة تعني الدم عامة، أو الشديد الحمرة، أو الغليظ، أو الجامد. والعلقة القطعة منه وكل ما عُلق .([4]) فقال تعالى {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ}([5]).

وقد وصف علماء الأجنة هذه المرحلة، بأنها مرحلة الالتصاق والانغراز؛ ذلك لأنه عندما تقترب الكرة الجرثومية من الرحم تلتصق في الجزء العلوي منه وفي جداره الخلفي. وقد تمكن العلماء

---

[1]) المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص ٥٨٢ .

[2]) سورة الإنسان، الآية رقم ٢ .

[3]) د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص ١٩٥ ، ٢٠٠ .

[4]) المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص٦٢٨،٦٢٩ .

[5]) سورة المؤمنون، الآيات رقم ١٢،١٣،١٤ .وقد ذكرت العلقة في مواضع عدة في القرآن الكريم وهي: سورة الحج الآية رقم ٥، سورة القيامة الآية رقم ٣٨، سورة العلق الآية رقم ٢، وسورة غافر الآية رقم ٦٧ .

من تصوير هذه الكرة الجرثومية بعد تعلقها بجدار الرحم وبعد سبعة أيام ونصف من التلقيح ٠(١)

وفسر ابن كثير قوله تعالى {ثم خلقنا النطفة علقة} أي صيرنا النطفة وهي الماء الدافق الذي يخرج من صلب الرجل وترائب المرأة علقة حمراء٠(٢) والجنين منذ هذه المرحلة وحتى ولادته، يعيش في محيط مائي، معلقاً برحم أمه بواسطة الحبل السري، وهذا يعني أن بدأ تخلق أعضاء الإنسان يبدأ من طور العلقة ٠

أما في علم الأجنة فقد أثبتت الحقائق العلمية أن العلقة هي المرحلة التي تعلق فيها الكرة الجرثومية، وتنغرز في الرحم، وتبدأ عادة في اليوم الخامس أو السادس منذ بدء التلقيح٠ وتستغرق عملية التعلق حوالي أسبوع ليتم الانغراز وتكون المعلاق٠(٣)

المرحلة الثالثة: مرحلة المضغة٠

تعني المضغة في اللغة القطعة من اللحم قدر ما يُمضغ ولم ينضج، وهي اسم للحالة التي ينتهي إليها الجنين بعد العلقة ٠(٤)

والمضغة مرحلة في علم الأجنة، يشبه الجنين فيها في مظهره لقمة

---

(١) د. محمد علي البار، المرجع السابق ، ص ٢١٤، ٢١١، ٢٠٢ ٠

- ووصف ابن القيم في كتابه "التبيان في أقسام القرآن" هذه المرحلة فقال "واقتضت حكمة الخلاق العليم سبحانه أن جعل داخل الرحم خشناً كالإسفنج، وجعل فيه طلباً للمني ، وقبولاً له ، كطلب الأرض الشديدة العطش للماء وقبولها له٠ فإذا اشتمل على المني ولم يقذف به إلى الخارج ، استدار على نفسه وصار كالكرة ، واخذ في الشدة إلى تمام ستة أيام، فإذا اشتد نقط في الوسط وهو موضع القلب، ونقطة في أعلاه وهي نقطة الدماغ ، وفي اليمين وهي نقطة الكبد،.... إلخ "٠ (التبيان في أقسام القرآن لابن قدامة، مرجع سابق،ص ٢١٢، ٢١١)

(٢) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، الجزء الثالث، بدون دار نشر، ص ٢٨١ ٠

(٣) د. محمد على البار "الجنين المشوه والأمراض الوراثية"، الدار الشامية بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٨، ص ٤٠ ٠

(٤) المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٨٨١ ٠

ممضوغة. فعندما تتعلق الكرة الجرثومية بالرحم يبدأ التحول السريع في تكوّن الجنين. ويلاحظ في الآية الكريمة أنها عطفت العلقة على النطفة بحرف العطف "ثم"، والذي يفيد التراخي. كما عطفت المضغة على العلقة بحرف العطف "الفاء"، الذي يفيد الترتيب والتعقيب. وهذه إشارة للتحول السريع في هذه المرحلة، فبعد تخلق الجنين والمشيمة في هذه المرحلة يتلقى الجنين غذاءه وطاقته، وتتزايد بذلك عملية النمو بسرعة. لذلك تبدأ عملية ظهور الكتل البدنية التي تتكوّن منها العظام والعضلات، وسرعان ما تتحول إلى خلايا تتطور إلى أعضاء مختلفة. وبعض هذه الأعضاء والأجهزة تتكون في مرحلة المضغة، وبعض آخر في مراحل لاحقة .([1])

وقد ذكرت المضغة في قوله تعالى {ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ}([2]). وذهب بعض المفسرين إلى تفسير هذه الآية، بأن المقصود بها النطفة وليس المضغة. وفسرها آخرون بأن المقصود هنا المضغة وفي معناها ثلاثة أقوال:- ([3])

القول الأول: أن معنى هذه الآية، هي مصوّرة وغير مصوّرة. فإذا صورت فهي مخلقة، وإذا لم تصور فهي غير مخلقة فتسقطها المرأة.([4])

القول الثاني: ذهب ابن زيد "المخلقة التي خلق الله فيها الرأس واليدين والرجلين، وغير مخلقة التي لم يخلق فيها شيء ".

القول الثالث: ويرى أن المخلقة تامة الشهور، وغير المخلقة غير تامة الشهور .

---

[1]) د. محمد علي البار" الجنين المشوه والأمراض الوراثية"، المرجع السابق، ص ١٤، ١٥ .

[2]) سورة الحج ، الآية رقم ٥ .

[3]) تفسير القرآن العظيم ،لابن كثير، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨١ .

[4]) "جامع البيان في تفسير القرآن" لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفي سنة ٣١٠ هـ، دار المعرفة بيروت، بدون سنة نشر، الجزء السابع عشر، ص ١١٧ .

وذهب رأي في الفقه الحديث(1) إلى أن سبب اختلاف آراء المفسرين؛ هو سبب الاختلاف في وقت تخلق الجنين، وفيما إذا كان في مرحلة النطفة أو قبلها، فيعود إلى الخلط بين التخليق والتصوير. حيث أن معظم العلماء يخلطون بين هاتين الكلمتين، في حين أن التخليق ليس كالتصوير، ذلك أن التخليق يتقدم على التصوير، فيراد بالتخليق التكوين، في حين أنه يراد بالتصوير التشكيل. ويلاحظ أن الأجنة مشتركة في التخليق لا فرق بين جنين وجنين، ومختلفة في التصوير. وأدلتهم على أن التخليق غير التصوير كثيرة ومنها: قوله تعالى {وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ} (2).وقال تعالى {هُوَ اللَّهُ الْخَالِقُ الْبَارِئُ الْمُصَوِّرُ لَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى يُسَبِّحُ لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ}(3).

وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع عمله، ورزقه، وأجله، وشقي أم سعيد، ثم ينفخ فيه الروح"(4).

---

(1) د. عباس شومان "إجهاض الحامل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية"، الدار الثقافية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٩، ص٢٦ .

(2) سورة الأعراف ،الآية رقم ١١ .

(3) آخر سورة الحشر .

(4) صحيح البخاري، المرجع السابق، الجزء الحادي عشر، ص٤٨٦ .

- ووصف ابن القيم تطور الجنين بما لا يبعد عما اكتشفه علماء الأجنة في كتابه " التبيان في أقسام القرآن"، ومع ذلك يقرر أن نفخ الروح لا يتم إلا بعد اربعة اشهر، وأن الحركات الصادرة قبل ذلك ليست إرادية؛ فبعد أن ذكر سبب تفاوت زمن الولادة عند الأطباء قال " وهذا الذي ذكره هذا القائل يقتضي حركة الجنين قبل الأربعين ، وهذا خطأ قطعاً، فإن الروح إنما تتعلق به بعد الأربعين الثالثة، وحينئذ يتحرك ، فلا تثبت له ==

المرحلة الرابعة: مرحلة تكوين العظام واللحم .

العظم في اللغة: هو القصب الذي عليه اللحم وهي جمع لعظام وأعظم. أما اللحم فهو الجزء العضلي الرخو بين الجلد والعظم.([1])

ووردت هاتان المرحلتان في قوله تعالى {الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا} ([2]). وقال عز وجل {وَانظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا } ([3]). وفي قوله تعالى {أَيَحْسَبُ الْإِنسَانُ أَلَّن نَّجْمَعَ عِظَامَهُ، بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَن نُّسَوِّيَ بَنَانَهُ} ([4]).

وقد ذكر علماء الأجنة أن مرحلة تكوين العظام واللحم تستغرق الأسبوع الخامس والسادس والسابع، ويظهر في هذه المرحلة نوعان من الكتل وهما :- ([5])

النوع الأول: الكتلة الهيكلية، وقد جعل الله الخلايا هي الكتلة القادرة على التشكل. فيجعل منها خلايا مكونة للألياف، وخلايا مكونة للغضاريف وخلايا مكونة للعظام، وتنمو خلايا هذه الكتلة من الجانبين أمام القناة العصبية. وبذلك تتكون الفقرات وتمتد هذه الكتل من مؤخرة الرأس.

== حركة قبل مائة وعشرين يوماً، وما يقدر من حركة قبل ذلك فليست حركة ذاتية اختيارية، بل تتلها حركة عارضة بسبب الأغشية والرطوبات ، ثم قال ولكن الذي نقطع به أن الروح لا تتعلق إلا بعد الأربعين الثالثة، وما يقدر من حركة قبل ذلك - إن صحت لم تكن بسبب الروح ". (التبيان في أقسام القرآن للعلامة شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى عام ٧٥١ هـ، تصحيح الشيخ طه يوسف شاهين، دار الطباعة المحمدية، طبعة صفر ١٣٨٨هـ، ص ٢١٣).

[1]) المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص ٤٢٤، ٥٥٣ .

[2]) سورة المؤمنون ، الآية رقم ١٤ .

[3]) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٥٩ .

[4]) سورة القيامة، الآية رقم ٣ ،٤ .

[5]) إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص ٥٦ ،٥٧ .

النوع الثاني: الكتلة الظهرية، وهذه تظهر بعد تكون الفقرات الأولية، وهذه الكتلة منها ما يشكل آدمه الجلد وما تحته من أنسجة، ومنها ما يكون عضلات الهيكل، ومعنى هذا أن العظام تسبق العضلات ثم تكسوا العضلات العظام .

المرحلة السادسة: مرحلة نفخ الروح.

قال تعالى {الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ، ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ}(1). وقال أيضاً {ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ}(2).

فيستفاد من النصوص القرآنية السابق ذكرها، أن الروح التي يأمر الله بنفخها في الجنين؛ هي التي تكون بها حياة هذا الجنين. فبعد أن يمضي عليه مائة وعشرون يوماً، فيحدث للجنين تغيرات تدل على وجود هذه الروح، فتبدأ في الجنين حركات إدارية، ويبدأ في مص إصبعه، ويمسك بالحبل السري ويتقلب في الرحم، وينام ويصحو، ويسمع الأصوات. ومن هنا جاء اختلاف الآراء حول حكم إجهاض الحمل في هذه الأطوار علي ما سيتم بيانه في وقت لاحق .(3)

---

(1) سورة السجدة ، الآية رقم ٧، ٩ .

(2) سورة المؤمنون، الآية رقم ١٤ .

(3) وذكر ابن القيم في كتابه "تحفة.المودود في أحكام المولود"الذي دلّ عليه الوحي الصادق عن خلق البشر، أن الخلق ينتقل في كل اربعين يوماً إلى طور آخر، فيكون أولاً نطفة اربعين يوماً، ثم علقة كذلك، ثم مضغة كذلك، ثم ينفخ فيه الروح بعد مائة وعشرين يوماً . فهذا كأنك تشاهده عياناً، وما خالفه فليس في المخبر به عيان، وغاية ما معه قياس فاسد، وتشريح لا يحيط به علماً بمبدأ ما شاهده منه، او تقليد لواحد غير معصوم . وكل ما جاء به مشي خلفه فيه، فيعتقد المعتقد أن هذا أمر متفق عليه بين الطبائعيين، واصله كله واحد، أخطأ فيه ثم قلده من بعده، وغاية ما معهم انهم شرحوا الحاكي أحياءً وأمواتاً؛ ==

الفصل الثاني
الركن المادي في جرائم الإجهاض

تمهيد :-

الركن المادي للجريمة هو الوقائع الخارجية ذات الطبيعة المادية الملموسة، والتي تحدث في العالم الخارجي وتصدر عن الجاني وينطبق عليها وصف الجريمة وفقاً لما بينه القانون(١)٠ وتتمثل هذه الوقائع في

== فوجدوا الجنين في الرحم على الصفة التي اخبروا بها، ولكن لا علم لهم بما وراء ذلك من مبدأ الحمل وتغير أحوال النطفة ٠ وأصح ما بأيديهم التشريح والاستقراء التام الذي لا يخرم، ونحن لا ننكر ذلك، ولكن ليس فيه ما يخالف الوحي عن الأجنة أبداً"٠(تحفة المودود بأحكام المولود، للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى عام ٧٥١هـ، حققه بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٢، ص١٥٧، ١٥٨)٠

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها بغيره، يتمثل أساساً في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي، مفصحاً بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائي، ابتداء في زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه، إيجابياً كان هذا الفعل أم سلبياً، ذلك أن العلائق التي ينظمها هذا القانون في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها في علاماتها الخارجية ومظاهرها الواقعية وخصائصها المادية، إذ هي مناط التأثيم وعلته، وهي التي يتصور إثباتها ونفيها، وهي التي يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها وتقدير العقوبة المناسبة لها ٠ بل انه في مجال تقدير توافر القصد الجنائي، فإن محكمة الموضوع لا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام التي قام الدليل عليها قاطعاً واضحاً، ولكنها تجيل بصرها فيها منقبة من خلال عناصرها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها، ومن ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية ٠ وبالتالي لا يتصور وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التي أحدثها بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التي يضمرها الإنسان في أعماق ذاته- تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مواخذاً عليه قانوناً، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال ==

السلوك الذي يصدر عن الجاني، والنتيجة التي تترتب على هذا السلوك، وعلاقة السببية بينهما. فإذا تخلف هذا الركن كله أو بعضه فلا توجد جريمة.(¹)

بناء على ذلك فالركن المادي يتحدد حسب كل جريمة (²)، والنص القانوني الخاص بكل جريمة هو الذي يحدد صورة الركن المادي فيها، وذلك من خلال بيان السلوك الإجرامي المحظور والنتيجة المترتبة عليه. فعندما عرف المشرع جريمة الإجهاض في المادة ٢٦٠عقوبات مصري " كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ..." وفي المادة ٢٦٢ عقوبات " المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عمداً عن ذلك حقيقة ..."، فإن المشرع بذلك حدد الركن المادي المكون لجريمة الإجهاض .

يتضح من ذلك أن المشرع لا يعاقب على النوايا ولا الأفكار ولا المعتقدات التي تكمن داخل ضمائر الناس وخواطرهم؛ ذلك أنه لا ضرر من هذه الأفكار والمعتقدات طالما ظلت داخل النفس البشرية، وطالما لم تظهر في شكل سلوك مادي يظهر في العالم

== أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجياً في صورة مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة" . حكم المحكمة الدستورية العليا، ٢ يناير سنة ١٩٩٣، في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ١٠٣ .

¹) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة" شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥، ص ٢٢٠ . أيضاً انظر د.عبد الرءوف مهدي، القسم العام، المرجع السابق، ص ٣٨٥ ،كذلك انظر د. مبارك عبد العزيز النويبت" شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي"، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٧، ص ١٠٤ .

²) راجع د.عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٣٨٥ .

الخارجي([1])·ويرجع السبب إلى أن ضرورة احترام الحرية الفرديه هي أولى المبررات الأساسية التي تستلزم وجود الركن المادي للجريمة؛ ذلك أن الأفكار الداخلية للإنسان يصعب التعرف عليها، فليس من المقبول في سياسة التجريم أن ينقب القانون ويبحث في ضمائر الناس وخواطره·

ويتكون الركن المادي في جريمة الإجهاض من ثلاثة عناصر هي السلوك الإجرامي، وهو ما يصدر عن الجاني والذي يتمثل في الفعل المؤدي إلى الإسقاط، والنتيجة الإجرامية والمتمثلة في موت الجنين داخل الرحم أو خروجه منه قبل موعد ولادته الطبيعية ولو حرج حياً وقابلاً للحياة، وأخيراً علاقة السببية التي تربط بين السلوك الإجرامي والنتيجة والتي تفيد أن السلوك المحظور هو السبب الذي أدى إلى وقوع الجريمة ·

يلاحظ أنه قد تكون الجريمة تامة إذا كانت عناصر ركنها المادي كاملة، وقد تكون الجريمة ناقصة أو في مرحلة الشروع – مع ملاحظة أنه لا عقاب على الشروع في الإجهاض – إذا لم تكتمل عناصر ركنها المادي · وهو ما سنقوم ببيانه على النحو التالي :–

المبحث الأول:ـ السلوك الإجرامي (فعل الإسقاط) ·

المبحث الثاني:ـ النتيجة الإجرامية لفعل الإجهاض ·

المبحث الثالث:ـ علاقة السببية ·

المبحث الرابع:ـ المساهمة الجنائية في الإجهاض·

---

[1]) د. أحمد شوقي عمرو ابو خطوة، المرجع السابق، ص ٢٢١

المبحث الأول
السلوك الإجرامي (فعل الإسقاط)

تمهيد:-

السلوك الإجرامي بوجه عام هو السلوك المادي الإرادي الخارجي الصادر عن إنسان، والذي حظره القانون لما قد يمثله من عدوان أو تهديد للمصلحة التي يحميها القانون، فهو عنصر ضروري في كل جريمة. أما السلوك الإجرامي الذي يصدر عن الجاني في جريمة الإجهاض، فيتمثل في النشاط أو الحركة المادية الإرادية الخارجية. والتي تصدر عن الجاني فيكون من شأنها إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، وقطع الصلة التي تربط بين الجنين وجسم أمه؛ الأمر الذي يترتب عليه موت الجنين أو خروجه من الرحم - ولو خرج حياً- قبل الموعد الطبيعي لولادته.[1] نتعرض لذلك بشئ من التفصيل على النحو التالي:-

أولاً: وسائل السلوك الإجرامي في الإجهاض.

يستوي في نظر المشرع الوسائل التي يستعملها الجاني في ارتكاب فعل الإجهاض، فالوسيلة ليست ركناً في جرائم الإجهاض كافة[2]. فجميع الوسائل التي تؤدي إلى تحقق الإجهاض تعتبر سواء أمام القانون. وقد نص قانون العقوبات المصري في المادة ٢٦٠ منه على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ....". كما نص في المادة ٢٦١ أن "كل من أسقط امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو استعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها ....". فاستخدام المشرع لعبارة "أو استعمال وسائل مؤدية إلى

---

[1]) راجع في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٠ .انظر أيضاً د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٣ .

[2]) راجع د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٤٧ .

ذلك٠٠٠" يدل دلالة واضحة على اتساع دائرة التجريم، بحيث تشمل أية وسيلة يمكن أن تؤدي إلى الإجهاض ٠

وعلى الرغم من ذلك فقد اعتمد المشرع المصري على الوسيلة المستعملة في التمييز بين أنواع جرائم الإجهاض التي تقع من الغير، وذلك عندما نص في المادة ٢٦٠ عقوبات على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد" ٠ فقد اعتبر المشرع جريمة الإجهاض في هذه الحالة جناية عقوبتها السجن المشدد، في حال وقوع الإجهاض باستخدام وسيلة الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء٠ أما إذا كانت الوسيلة التي استخدمت في الإجهاض أدوية أو وسائل أخرى مؤدية إلى ذلك، تكون الجريمة جنحة على ما سبق بيانه ٠

وقد اتجهت أغلب التشريعات العقابية إلى عدم ذكر الوسائل التي تقع بها جريمة الإجهاض٠ وجاءت تشريعات أخرى بذكر بعض الأمثلة ثم ذكر عبارة أو أية وسيلة أخرى وهذا يدل على أن وسائل الإجهاض على سبيل المثال وليس الحصر؛ وذلك نظراً لحداثة وتعدد وسائله٠ واعتبرت هذه التشريعات استخدام أية وسيلة تصلح لتكوين الفعل الإجرامي، طالما أنها سوف تؤدي إلى النتيجة الإجرامية، وهي إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ويعد من بين هذه التشريعات قانون العقوبات الجزائري والذي نص في مادته ٣٠٤ على أن "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترضاً حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك ٠٠٠" ٠

كذلك نصت المادة ١٧٤ من قانون الجزاء الكويتي على أن"يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات لمن أعطى أو تسبب في إعطاء امرأة حامل كانت أم غير حامل برضاها أو بغير رضاها عقاقير أو مواد

أخرى مؤذية أو استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى قاصداً بذلك إجهاضها " ٠ وبالتالي فإن أية وسيلة تصلح لوقوع جريمة الإجهاض، طالما أنها تؤدي إلى النتيجة المرجوة وهي إنزال الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية، سواء أكان حياً أم ميتاً ٠

وفقاً لما سبق بيانه فقد تكون وسائل الإجهاض مادية سواء أكانت ميكانيكية ومن أمثلتها الدفع بآلة أو آداة إلى الرحم، الأمر الذي يؤدي إلى خروج الجنين أو قتله ٠ كما يعد وسيلة أيضاً ضرب الحامل أو القذف بها من مكان مرتفع (١)٠ وقد تكون وسائل كيميائية كإعطاء الحامل مادة طبية أو أعشاب أو أي مواد من شأنها أن تحدث تقلصات في عضلات الرحم٠ الأمر الذي يترتب عليه إخراج الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية(٢)٠

يضاف إلى ذلك أنه يمكن أن تكون الوسائل المستخدمة بريئة في ظاهرها كالتدليك أو الحمامات الساخنة، وكذلك ارتداء المرأة الحامل الأحزمة الضاغطة أو ممارسة الرياضة العنيفة كركوب الخيل أو القفز من مكان مرتفع أو حمل الأثقال أو الجري لمسافات طويلة(٣)٠ أيضاً قد تكون الوسيلة هي استخدام العنف كالضرب بقصد إحداث الإجهاض، وهو ما اعتبره المشرع المصري ظرفاً مشدداً يجعل من الفعل جناية ٠

ويلاحظ أن وسائل الإجهاض لا تقتصر فقط على الوسائل المادية، بل إنها تنصرف أيضاً إلى الأفعال المعنوية التي تصدر عن الجاني كالتهديد والترويع أو الصياح على الحامل فجأة٠ وكذلك تخويف الحامل بتهديدها بإيذائها أو إيذاء شخص عزيز عليها ٠

---

١) راجع د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١١ ٠

٢) د. غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٤٨٦ ٠

٣) انظر د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٤٥ ٠

ثانياً: صور السلوك الإجرامي.

يمكننا تقسيم صور السلوك الإجرامي إلى صورتين. الصورة الأولى: وهي السلوك الإيجابي، أما الصورة الثانية: تتمثل في السلوك السلبي (وقوع الجريمة بطريق الترك أو الإمتناع) ..

أ) السلوك الإيجابي:

السلوك الإجرامي بحسب الأصل عمل إيجابي، وذلك حتى يمكن للقاضي التثبت من وجود الجريمة؛ إذ إن القاضي يحظر عليه أن يتثبت من قيام الجريمة إلا من الوقائع المثبوتة لديه(¹). بناء على ذلك يكفي أن يهيئ الجاني الظروف التي تؤدي إلى الإجهاض حتى ولو كانت معلقة على تصرف المجني عليها، وذلك كأن يعطي الجاني المرأة الحامل وسائل مجهضة عن طريق الشراب أو الطعام وهي لا تعلم بخطورتها، الأمر الذي يترتب عليه حدوث اضطرابات في عضلات الرحم مما يؤدي إلى إسقاط جنينها .

وذهب رأي في الفقه إلى أنه يشترط أن تكون الوسيلة المؤدية للإجهاض وسيلة صناعية (²)- أي وسيلة غير طبيعية - وبالتالي فالإسقاط الذي يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون يختلف عن الإجهاض التلقائي أو الطبيعي وعن الولادة قبل الأوان. مهما كان هناك خطأ أو إهمال جسيم من الأم مادام غير مقصود. ومن ثم إذا أجهضت المرأة بسبب إصابتها بإحدى الأمراض مثل الزهري أو أحد الإصابات العصبية، أو نتيجة مجهود شاق أو ضعف بدني، فلا يدخل ذلك ضمن جرائم الإجهاض المنصوص عليها قانوناً .

وجدير بالذكر أن كل الوسائل السابق ذكرها تعد من الوسائل الإيجابية، وهي الصورة المألوفة للجريمة. سواء قامت بها المرأة

---

¹) للمزيد راجع د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٣٩٦ .

²) د. عبد العزيز محمد محسن ، المرجع السابق، ص ٤٨ .

الحامل، أو شخص الغير، وسواء باشر الغير هذا النشاط بنفسه أو بمجرد دلالة المرأة عليه • ويعد هذا توسعاً من قبل المشرع؛ حيث اعتبر أن قيام الغير بدلالة المرأة إلى استعمال أدوية أو وسائل تؤدي إلى إجهاضها أنه قد قام بالدور الرئيسي في الجريمة• الأمر الذي أدى إلى إنزال الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية في يسر وسهولة •

ونلاحظ أن فعل الإسقاط يتحقق بقتل المرأة الحامل؛ وذلك لأنه ليس من عناصر النشاط الإجرامي للإجهاض أن تظل الحامل على قيد الحياة• وبالتالي فإن جريمة الإجهاض تقوم بقتل الحامل؛ لأنه بذلك تم القضاء على مصدر حياة الجنين وهي الأم• ويترتب على ذلك بالضرورة إنهاء حالة الحمل قبل ميعادها الطبيعي• وقد أشارت محكمة النقض إلى ذلك بقولها "من المقرر أن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ومتى تم ذلك فإن أركان هذه الجريم تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الأم الحامل بسبب وفاتها، وليس في استعمال القانون لفظ (الإسقاط) ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم - في هذه الحالة- ركن من أركان الجريمة •ذلك بأن يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة، ولذلك استخدم لفظ الإسقاط• ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان، ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحمل• لما كان ذلك، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص لا يكون له محل "([1])•

وذهب رأي في الفقه([2]) إلى أن من يقوم بقتل امرأة عمداً وكان عالماً بحملها وتوافر لديه حين قتلها القصد الجنائي المتطلب في الإجهاض، فهذا يعني أن إرادته اتجهت إلى القتل وفي ذات الوقت

---

[1]) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٧٠،طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢١ق، مجموعة أحكام النقض، ص ١٢٥٠ •

[2]) انظر د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٥ •

اتجهت إلى الإجهاض. وتتعدد الجرائم هنا تعدداً معنوياً(¹)وليس تعدداً حقيقياً(²)، فيسأل الجاني عن القتل وعن الإجهاض معاً، فيتم توقيع عقوبة الجريمة الأشد وهي جريمة القتل العمد. ولكننا نرى أنه يمكن توافر القصد الاحتمالي في هذه الحالة، فالقاتل عالم بحمل المرأة وتوقع وفاة الجنين نتيجة إنهاء حياة أمه وهي مصدر حياته الأساسي، وعلى الرغم من ذلك فقد مضي في القتل. إضافة إلى ذلك فيمكننا القول بتوافر قاعدة الاشتمال، فعندما قصد الجاني إزهاق روح المرأة الحامل حتى - ولو كان يعلم بحملها- فلا فارق لديه في حياة الجنين من عدمه. فحياة الجنين مشمولة بحياة أمه، فهدفه الأساسي هو إزهاق حياة الأم، ولو ترتب عليه إسقاط الجنين.

إضافة إلى ذلك، لا يعد من عناصر السلوك الإجرامي لا الزمان ولا المكان الذي وقع فيه السلوك(³). فيستوي أن يرتكب السلوك ليلاً أو نهاراً، كما يستوي أن يقع الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل. فلا فرق في القانون بين أن يرتكب السلوك في بداية الحمل أو

---

¹) يقصد بالتعدد المعنوي أن يرتكب الجاني فعلاً واحداً وينطبق عليه أكثر من وصف قانوني، أي أن هناك وحدة في السلوك المادي الذي يرتكبه الجاني مجرداً عن النتيجة المبتغاه منه . فنظراً لاختلاف الأغراض والنتائج المصاحبة للفعل الواحد، الأمر الذي دعى المشرع إلى النص على صور مختلفة للعقاب عن ذات الفعل المادي الواحد، مع تطبيق العقوبة الأشد لهذه الجرائم ." للمزيد راجع في ذلك د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ١١٣٥ ".

²) يقوم التعدد الحقيقي للجرائم، بارتكاب الجاني أفعالاً متعددة يعد كلاً منها جريمة مستقلة بذاتها وبأركانها القانونية عن الجريمة الأخرى. ولا يلزم ف ذلك أن تكون جميعها من نوع واحد، أو أن تكون من أنواع مختلفة جنحاً كانت أم جنايات. ولا يعد تعدداً حقيقياً للجرائم إذا جعل القانون أحد هذه الأفعال ظرفاً مشدداً للبعض الأخر إذا اقترن بها. فيعتبرها القانون جريمة واحدة، ويعاقب عليها بعقاب واحد. على الرغم من أن كلاً منها مستقلاً بمفرده يعد جريمة . " للمزيد انظر د. مبارك عبد الله النوييت، المرجع السابق، ص ٣٨٠ . كذلك راجع د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص١١٣٦".

³) انظر د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٣٩٨ .

وسطه أو نهايته. كما لا يشترط أن يكون الجنين قد تحرك في رحم امه، بل يعتبر الإسقاط جريمة حتى ولو ارتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "يعد من قبيل الإجهاض، ما يقوم به الجاني من أعمال يكون الغرض منها حرمان الجنين من حقه في الوجود، ولا تقع جريمة الإجهاض بل يعد شروعا فيه، إذا بقي الجنين على قيد الحياة بعد خروجه من بطن أمه. وعلى العكس من ذلك إذا مات الطفل بعد ولادته حياً، فإن جريمة القتل الخطأ هي التي تكتمل عناصرها في مواجهة المتهم".(1)

وفي ذلك ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أنه "لما كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير المقدم إليها والفصل فيما يوجه إليه من اعتراضات، وما دامت قد اطمأنت إلى ما جاء به، فلا يجوز مجادلتها في ذلك. وكانت جريمة الإجهاض المنصوص عليها في المادة ١٧٦ من قانون الجزاء تتحقق بتعمد المرأة الحامل إنهاء حملها قبل الأوان، أو سماحها للغير بذلك، أياً كانت وسيلة الإجهاض أو مكان حصوله، فهما ليسا من أركان الجريمة، وإذا كانت المحكمة قد أفصحت عن إطمئنانها إلى صورة الواقعة من الأدلة القولية المؤيدة بالتقرير الطبي الشرعي، واستخلصت منها مجتمعة بأسباب كافية وسائغة، أن الطاعنة أنهت حالة الحمل لديها قبل الأوان، فإن ما تثيره الأخيرة في هذا المنحى ينحل إلى جدل موضوعي، وهو ما تستقل به محكمة الموضوع، ولا يجوز الخوض فيه أمام محكمة التمييز"(2).

وفي حالة ما إذا شرعت المرأة الحامل في الإنتحار، وتوقعت هلاك

---

1) T. corr. Versailles, 15 janv. 1947: S. 1947. 2. 78.

2) تمييز كويتي ٢٠٠٨/١/١٥، طعن رقم ٢٠٠٧/٣٣٧ جزائي، محكمة التمييز، الدائرة الجزائية.

الجنين وكانت راضية بهذه النتيجة، ولكنها فشلت في الانتحار إلا أنه حدث الإجهاض بالفعل؛ فإنها بذلك تُسأل عن جريمة الإسقاط فقط. ويرجع السبب في ذلك أن القانون المصري لا يعاقب على الشروع في الانتحار. وفي حالة اشتراكها مع آخر بالتحريض أو المساعدة على الانتحار، فإنه يسأل بوصفه شريكاً في جريمة الإجهاض، طالما كان عالماً بحملها[1].

وفي رأينا فيما يتعلق بالمثال السابق، نرى أن السبب يرجع إلى توافر نظرية القصد الاحتمالي(القصد غير المباشر).[2] فقد يحدث أن يسلك شخص سلوكاً معيناً من أجل تحقيق نتيجة معينة، ولكنه يعلم أنه قد يترتب على هذا السلوك نتائج أخرى لا يرغب في حدوثها، ولكنه يقبل وقوعها من أجل تحقيق هدفه الأصلي. وفي المثال السابق فقد قصدت الحامل الانتحار وهي عالمة بحملها وتوقعت هلاك جنينها، وبالرغم من ذلك رضيت بهذه النتيجة وقبلتها ومضت في الانتحار مع كونه لم يقع، ولكن وقع فعل الإسقاط، ونظراً لأن المشرع المصري لم يعاقب على الشروع في الانتحار، فإنها تعاقب عن فعل الإسقاط. وذلك وفقاً لما ذهب إليه الرأي السائد في مصر والذي يتجه إلى مسئولية الجاني في هذه الحالة عن النتيجة الأخرى مسئولية عمدية. وهذا ما أقرته محكمة النقض عندما قضت بأنه "من المقرر أن القصد الاحتمالي هو نية ثانوية تختلج بها نفس الجاني، قوامه أن يتوقع أن فعله يمكن أن يحدث النتيجة الإجرامية التي لا يتغياها بالدرجة الأولى فيمضي مع ذلك في تنفيذ

---

[1]) انظر في ذلك د. عمر السعيد رمضان "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦،ص ص ٣٢٢ . أيضاً انظر د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٥ .

[2]) للمزيد راجع د. محمود نجيب حسني،" النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨ .

الفعل، مستوياً لديه حصول هذه النتيجة أو عدم حصولها بما يوفر لديه قبول تحققها"(1)٠

ب) السلوك السلبي (ارتكاب جريمة الإجهاض بطريق الإمتناع):

لم يتطلب المشرع- على ما سبق بيانه- وسيلة معينة لإحداث الإجهاض، بل اكتفى بذكر بعض الأمثلة على سبيل المثال وليس الحصر٠ وقد نص المشرع على صور من السلوك الإيجابي باعتبار أنها الأكثر شيوعا، سواء أكانت وسائل مادية كالضرب أو الركل أو تعاطي الأدوية أم كانت وسائل معنوية كالتخويف أو التهديد٠ ولكن ثار تساؤل حول مدى إمكانية وقوع جريمة الإجهاض بطريق الامتناع٠

بداية اتجه البعض إلى الاستناد إلى نص التجريم لمعرفة ما إذا كان يتطلب في السلوك مظهراً إيجابياً أو مجرد امتناع، وذلك تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات٠ وبالتالي فإنه لا يعاقب على الامتناع إلاّ إذا كان المشرع قد نص على ذلك صراحة٠ وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي، والذي أسس ذلك على اعتبار أن الترك عدم والقتل نتيجة إيجابية٠ ولا يمكن أن يكون العدم سبباً لنتيجة إيجابية، وإلاّ أدى ذلك إلى الخروج عن مبدأ الشرعية الجنائية٠ ويعد ذلك أيضاً تجاوزاً لسلطة القاضي في التفسير والتأويل(2)٠

ونحن لا نوافق على هذا الرأي، لأنه يجعل الأصل في السلوك الإجرامي هو الصورة الإيجابية ولا عقاب على الامتناع٠ في حين توجد جرائم ومن أمثلتها القتل العمد والتي تقع بطريق الامتناع، ولولا فعل الامتناع هذا ما وقعت الجريمة٠ فكأنه بذلك أراد العقاب

---

(1) نقض ٣ إبريل ١٩٩٧، طعن رقم ١٠٦٣٩ لسنة ٦٦ق، مجموعة أحكام النقض، س٤٨،ص ٤٢٠ ٠

(2) مشار إليه د.عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص٤٠٠، أيضاً انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٥٢ ٠

عن الجرائم التي تقع بالسلوك الإيجابي فقط. وبالتالي يُثار تساؤل يتمثل في هل يشترط أن ينص المشرع صراحة على إمكانية العقاب على الامتناع كسلوك إجرامي يمكن أن تقع به الجريمة ؟

حسم المشرع المصري هذه المسألة بالنسبة للجرائم غير العمدية، وذلك عندما سوى صراحة بين وقوع الجريمة بفعل إيجابي أو مجرد اتخاذ موقف سلبي في حالة كون الجريمة غير عمدية. ويستند ذلك إلى أن مجرد الإهمال أو التفريط وكذلك عدم الانتباه أو التوقي أو الامتناع عن التدخل، يعد من صور الخطأ غير العمدي([1]).

أما فيما يتعلق بالجرائم العمدية، فقد انقسم فيها الرأي إلى قسمين، وذلك على النحو التالي: ذهب **الاتجاه الأول**: - الآنف ذكره- والذي تبناه معظم الفقه الفرنسي بأن الامتناع في حكم العدم، والعدم لا يصلح أن يرتب عليه القانون أي نتيجة قانونية.

أما **الاتجاه الثاني**: فهو اتجاه موسع وهو ما أيده معظم الفقه المصري. هذا الاتجاه لا يرى مانعاً من المساواة بين الفعل الإيجابي والامتناع، فالامتناع يمكن اعتباره سلوكاً إجرامياً يعتد به المشرع. وبالتالي فإن الجريمة العمدية تقع بطريق الامتناع أو الترك كما تقع بالفعل الإيجابي؛ ذلك لأن الامتناع يصلح أن يكون عاملاً في إحداث النتيجة، بحيث لولاه ما وقعت تلك النتيجة . وقد بنى هذا الاتجاه مذهبه على أساس توافر عدة شروط، والتي في حال عدم وجودها لا يمكن القول بالعقاب عن الامتناع في الجرائم العمدية، وتتمثل في الآتي : ([2])

---

[1]) راجع في ذلك المواد/ ٢٣٨، ٢٤٤ من نصوص قانون العقوبات المصري .

[2]) د. محمود نجيب حسني"شرح قانون العقوبات القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩، ص٢٧٧ وما بعدها . أيضاً انظر في ذلك د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص١٦٠ . وكذلك انظر د. رءوف عبيد "السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دراسة تحليلية مقارنة"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٤،ص ٣٢٣ .

الشرط الأول: يتمثل في ضرورة وجود واجب قانوني على الشخص بإتيان السلوك الذي امتنع عنه، سواء أكان مصدر هذا الإلتزام هو نص القانون أم كان التزاماً تعاقدياً .

الشرط الثاني: أن يكون الامتناع هو السبب الذي أحدث النتيجة المعاقب عليها قانوناً .

الشرط الثالث: أن يكون في استطاعة الجاني تنفيذ الالتزام، ولكنه امتنع عن تنفيذه أو القيام به.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، وبناء عليه فإن الامتناع يصلح أن يمثل الصورة السلبية للسلوك الإجرامي، والذي على أساسه يمكن أن تقع جريمة الإجهاض. تطبيقاً لذلك، يعد مرتكبة لجريمة الإجهاض عمداً عن طريق الامتناع الممرضة التي تمتنع عن تقديم الدواء للمريضة الحامل - والتي يقع عليها التزام برعايتها- قاصدة بذلك إجهاضها، ونتج عن ذلك وقوع الإسقاط. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الممرضة يقع عليها واجب رعاية المريضة، وإعطاؤها الدواء المقرر لها، فإذا خالفت هذا الإلتزام وامتنعت عن القيام به، الأمر الذي نتج عنه الجرم الذي يعاقب عليه القانون، وكان ذلك عمداً وبقصد تحقيق هذه النتيجة وهي وقوع الإسقاط حقيقة. فإن الممرضة تسأل عن جريمة الإجهاض .

تطبيقاً لذلك أيضاً، ووفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٢ عقوبات مصري بأنه "أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة ...". فإن المرأة الحامل يقع على عاتقها التزام قانوني، يتمثل في الحيلولة دون إتيان الغير فعل الإجهاض على جسمها . مثال ذلك : أن تترك الحامل الغير يضربها ليجهضها، أو تتركه يضع لها أدوية مجهضة في الطعام أو الشراب بقصد إجهاضها. ولا يشترط في ذلك رضاء الحامل الصريح، بل يكفي

لتحقق فعل الامتناع أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون وقوع الإسقاط، وأن تكون قادرة على ذلك بالفعل .

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من صور السلوك الإجرامي في الإجهاض.

عرف الفقه الإسلامي جميع الوسائل - السابق ذكرها- واعتد بها سواء أكانت مادية أم معنوية. والدليل على ذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بأنه "لو ضرب بطن الحامل، أو ظهرها، أو جنبها، أو رأسها، أو عضواً من أعضائها، أو حملت حملاً ثقيلاً بقصد الإسقاط، أو شربت لتطرح ولدها، أو عولجت لإسقاطه، أو ضربت بطن نفسها. فإن على عاقلتها الغرة"([1]). وقال ابن تيمية "وكذلك لو عاندت - أي الأم- فأسقطت جنينها إما بضرب، أو شرب دواء، وجب عليها غرة لورثته غير أمه"([2]).

كما اعتد الفقه الإسلامي أيضاً بالوسائل المعنوية. وخير دليل ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما بعث إلى امرأة، فقالت ياويلها مالها ولعمر، فبينما هي في الطريق إذا فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فأشار بعضهم أن ليس عليك شئ، إنما أنت والٍ ومؤدب، وصمت عليّ فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك أن ديته عليك، لأنك افزعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك ([3]).

وجاء في حاشية ابن عابدين "أنه إذا صاح على امرأة فألقت جنيناً

---

[1]) إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص ٢٤٩ .

[2]) نفس المرجع السابق، ص-٢٥٠ .

[3]) د.عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٤٧ .

لا يضمن، وإذا خوفها بالضرب لا يضمن، والفرق أن في موتها بالتخويف وهو فعل صادر منه نسب إليه، وبالصياح موتها بالخوف الصادر منها، وصرحوا أنه لو صاح على كبير فمات لا يضمن، وأنه لو صاح عليه فجأة فمات منها تجب الدية"(¹)٠

كما عرف الفقه الإسلامي أيضاً الوسائل السلبية، والتي تكون عن طريق الامتناع عن الفعل٠ وقد يكون هذا الامتناع صادراً عن الأم كامتناعها عن الطعام أو الشراب أو عن أخذ الدواء الموصوف لها لبقاء حملها، الأمر الذي يترتب عليه الإجهاض٠ أو كان هذا الفعل صادراً عن الغير كإهمال الزوج أو الوصي، وعدم رعايتها أثناء الحمل (²)٠

وبالتالي فإن هذه الوسائل الإيجابية سواء أكانت مادية أم معنوية٠ وكذلك الوسائل السلبية، إن قصد بها الجناية على المرأة الحامل أو على جنينها، فلا شك في تحريمها؛ لما في ذلك من عدوان، أو إيذاء للغير٠ فقد قال تعالى"وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا"(³)٠

---

¹) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص ٥٩٧ ٠

²) د٠عبد الرحمن النفيسة "الإجهاض آثاره وأحكامه"، مقال منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السابع، سنة ١٤٠٠هجرياً- الموافق١٩٧٩ ٠ وهي مجلة مستقلة تصدر بمدينة الرياض، السعودية ٠ للمزيد راجع الموقع الرسمي للمجلة :- http://www.fiqhia.com.sa/Detail.asp?InIssueNo=78&٠ أيضاً لمعرفة المزيد راجع د. هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والإباحة" دار النهضة العربية، ١٩٩٦ ٠

³) سورة الأحزاب، الآية رقم ٥٨ ٠

المبحث الثاني

النتيجة الإجرامية لفعل الإسقاط

أولاً: مفهوم النتيجة الإجرامية.

النتيجة الإجرامية هي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي([1]). وقد اختلف الفقه الجنائي حول تحديد المقصود بالنتيجة كعنصر من عناصر الركن المادي للجريمة؛ مما نتج عن هذا الانقسام وجود مفهومين، يتمثل الأول: في المفهوم المادي، أما الثاني: فهو مفهوم قانوني .

أ) **المفهوم المادي للنتيجة**: هو عبارة عن التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي، فهو منفصل عن السلوك الإجرامي ومتميز عنه([2])، على أن ترتبط هذه النتيجة بالسلوك الذي أدى إليها برابطة سببية مادية ([3]). هذا المفهوم المادي للنتيجة هو عنصر في الجرائم المادية، وهي الجرائم التي تطلب فيها المشرع تحقق نتيجة واضحة ملموسة ومحددة بنص القانون. وهذا النوع من الجرائم لا تكون تامة إلا بوقوع النتيجة المنصوص عليها قانوناً؛ لأنها عنصر من عناصر الجريمة التي تنتمي إليها الجريمة محل بحثنا؛ وذلك أن جريمة الإجهاض لا تكون تامة إلا إذا تحقق خروج الجنين قبل ميعاد ولادته الطبيعية، ولو خرج حياً .

وقد قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الثابت من الأوراق أن المتهمة الثانية قد ذهبت إلى عيادة المتهم الأول بتاريخ ١٧ ابريل سنة ٢٠٠٣ وأنه أعطاها كبسولة عقار البروستين E2 المخلق صناعياً

---

[1]) د. غنام محمد غنام "الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة- نظرية الجزاء"، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١، ص ١٨٢ .

[2]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٢٧٣ .

[3]) انظر د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص٢٢٧ .

حسبما قررت ....،.......... وكان إذن النيابة العامة قد صدر بتاريخ ١٧ ابريل سنة ٢٠٠٣ الساعة الواحدة وخمس وأربعون دقيقة، وكان الثابت من أقوال الطبيب الشرعي أن ذلك العقار يمكن أن يؤتى آثاره بعد كبسولة واحدة حسب الحالة، وهو ما مفاده أن الجريمة قد تمت قبل صدور إذن النيابة، ومن ثم فان إذن النيابة العامة قد صدر لضبط جريمة تحقق وقوعها من مقارفها لا لضبط جريمة مستقبلة أو محتملة، ومن ثم فإن ما يثيره المتهمان الأول والثانية في هذا الصدد لا يكون له محل إذ هو لا يعدو أن يكون مجادلة حول حق محكمة الموضوع في تفسير عبارات محضر التحريات بما لا خروج فيه عن معناها ". لما كان ذلك، وكان يبين من الاطلاع على المفردات التي أمرت المحكمة بضمها إلى ملف الطعن تحقيقاً له أنه في الساعة الحادية عشر صباح يوم ١٧ ابريل سنة ٢٠٠٣ حرر الرائد ....رئيس قسم مكافحة جرائم الآداب – شاهد الإثبات الأول – محضراً بتحرياته أورد فيه ما مؤداه أنه علم من تحرياته أن الطاعن يجرى بعيادته الخاصة عمليات إجهاض للنسوة اللاتي حملن سفاحاً وطلب الإذن بتفتيش شخصه وعيادته وضبطه ومن يتواجد من النسوة حال إجرائهن لعمليات الإجهاض، وتضمنت شهادة شهود الإثبات الثالثة والرابع والخامس ....،..........،............

وكذا أقوال المتهمة الثانية، قولهم أن بدء ذهاب الأخيرة إلى الطاعن بعيادته كان يوم ١٧ من ابريل سنة ٢٠٠٣ الساعة الثانية ظهراً وأعطاها قرص عقار E2 المسبب للإجهاض، ثم توالى ذهابها للطاعن بعيادته يومي ١٩، ٢٠ من أبريل سنة ٢٠٠٣ وتناولت في كل مرة قرصاً من ذات العقار بمعرفة الطاعن وحال ذهابها للطاعن يوم ٢١ من ابريل سنة ٢٠٠٣ تم ضبطهما معاً بعياذته بمعرفة الشاهدين الأول والثاني الضابطين ....،.......... وحال عرض المتهمة الثانية على

النيابة بتاريخ ٢٢ ابريل سنة ٢٠٠٣ سقط الجنين متوفياً من أثر العقار الذي تناولته بمعرفة الطاعن، لما كان ذلك وكان من المقرر أن الإذن بالتفتيش إنما هو إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح قانونا إصداره إلا لضبط جريمة " جناية أو جنحة " واقعة بالفعل وترجحت نسبتها إلى المأذون بتفتيشه. ولا يصح بالتالي إصدار إذن التفتيش لضبط جريمة مستقبلة ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع وإدانة الطاعن استنادا إلى ما أورده – على غير سند صحيح من الأوراق – يكون معيبا بما يستوجب نقضه والإعادة ".([1])

وأكد القضاء الفرنسي على أنه لا يتطلب للقول بوجود جريمة الإجهاض، تحديد شخص معين وقع عليه فعل الإجهاض. مادام قد ثبت وقوع فعل الإجهاض واستقام الدليل عليه.([2])

ب) **المفهوم القانوني للنتيجة**: يعد هذا هو المدلول الثاني للنتيجة، والذي يعني به الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون. ويستوي في ذلك أن يؤدي هذا الاعتداء إلى الإضرار بالمصلحة المعتدى عليها أو عدم الإضرار بها([3]).وقد تم تقسيم الجرائم وفقاً للمفهوم القانوني إلى جرائم ضرر وجرائم خطر([4]). وجرائم الضرر هي التي تتمثل فيها النتيجة بتحقيق ضرر فعلي على المصلحة التي أراد المشرع حمايتها. وتعد جريمة الإجهاض من جرائم الضرر في حال إذا قتل الجنين في الرحم فيكون مصيره أن يخرج منه، لأن في حال بقائه داخل الرحم،

---

[1]) نقض ٢٠ مارس ٢٠٠٥، الطعن رقم ٣١٢٦ لسنة ٦٦ ق.

[2]) Crim. 1 mars 1944. Bull. Crim. No 83; DA 1944; Gaz. Pal 1944.

[3]) راجع د. عمر السعيد رمضان "فكرة النتيجة في قانون العقوبات" مجلة القانون والإقتصاد، عدد مارس سنة ١٩٦١، ص ١١٠.

[4]) انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

فإنه يهدد صحة الأم بأضرار جسيمة. أما جرائم الخطر تحدث النتيجة فيها بمجرد حدوث خطر على المصلحة المحمية، أي أن الضرر لم يقع بعد ولكنه يهدد المصلحة التي يحميها القانون(1). ويعد الإجهاض جريمة خطر في الحالة التي يخرج فيها الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، فمن النادر أن يعيش طويلاً إذا بقي على قيد الحياة. ذلك لأن عدم اكتماله ونموه يجعله غير معد لمواجهة الحياة الخارجية.

ثانياً: صور النتيجة الإجرامية في الإجهاض.

تتخذ النتيجة الإجرامية في الإجهاض عدداً من الصور، والتي تنحصر جميعها في إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة. وتتمثل هذه الصور في الآتي :-

الصورة الأولى: خروج الجنين ميتاً:

تعد هذه الصورة من أكثر الصور المألوفة كنتيجة لفعل الإجهاض، والتي تتمثل في نزول الجنين من رحم الأم وخروجه منه ميتاً قبل ميعاد ولادته الطبيعية؛ وذلك نتيجة أفعال الاعتداء التي مارسها الجاني بقصد إسقاط المرأة الحامل، أو كان ذلك بفعل الحامل نفسها.

الصورة الثانية: خروج الجنين حياً:

تتمثل هذه الصورة في انفصال الجنين عن الرحم وخروجه منه حياً وقابلاً للحياة، بالرغم من السلوك الإجرامي الذي ارتُكب بقصد إنهاء الحمل. وكما سبق وأوضحنا أن جريمة الإجهاض تقع ولو نزل الجنين حياً وقابلاً للحياة، ولكن نزولة كان قبل ميعاد ولادته الطبيعي، وكان ذلك نتيجة استخدام الوسائل المعتدي بها عليه.

---

(1) د. سمير الشناوي"الخطر كأساس للتجريم والعقاب"، المجلة العربية للدفاع الإجتماعي، العدد الثامن، اكتوبر ١٩٧٨، ص ١٢ .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن نزوله قبل ميعاده الطبيعي، يعد اعتداء على حقه في النمو والتطور الطبيعي داخل الرحم. الأمر الذي قد يؤثر عليه بالضرر في حالة بقائه على قيد الحياة بعد نزوله حيا قبل موعد ولادته الطبيعية. وقد ذهبت محكمة النقض في ذلك إلى التعبير عن الإسقاط بأنه "كل فعل من شأنه موت الجنين أو إنزاله قبل الميعاد الطبيعي لولادته"(1).

الصورة الثالثة: بقاء الجنين ميتاً في رحم أمه:

وتتخذ هذه الصورة أحد فرضين:-

الفرض الأول: يتمثل في بقاء الجنين في الرحم على الرغم من موته. ففي هذه الحالة يتم إخراجه من الرحم؛ لأن بقاءه ميتا داخل رحم أمه يؤدي إلى إصابتها بأضرار جسيمة. فضلاً عن أن هذا يعد اعتداء على مصلحته وحقه في الحياة .

الفرض الثاني: يتمثل في موت الأم وهي موطن الجنين الأصلي، الأمر الذي يترتب عليه موت الجنين نتيجة فقده مصدر حياته الرئيسي. وقد ذهبت محكمة النقض في ذلك إلى أن "أركان الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها، وليس في استعمال القانون لفظ الإسقاط، ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة، ذلك بأنه يستفاد من نصوص القانون أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة، ولذلك استخدم لفظ الإسقاط، ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل"(2).

---

(1) نقض ١٩ فبراير ٢٠٠٤، طعن رقم ٢١٨٣٧لسنة ٧٣ ق، مجلة المحاماه، العدد الرابع، ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(2) نقض ١٦ نوفمبر ٢٠٠٠، طعن رقم ٥٦٩٩ لسنة ٦٢ق، " قانون العقوبات في ضوء أحكام محكمة النقض"، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٣، ص١٠٦٨ .

الصورة الرابعة: موت الجنين بعد نزوله حياً:

تتمثل في نزول الجنين حياً وموته بعد ذلك متأثراً بالفعل الإجرامي الواقع عليه، فنكون هنا بصدد جريمة إجهاض. وذلك لأن العبرة هي بنزول الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية، ولو نزل حياً. وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه الجنائي (1).

وجدير بالذكر أن بعض الفقه اتجه إلى اشتراط موت الجنين، سواء داخل الرحم أم بعد انفصاله عن رحم الحامل، حتى يمكن القول بتوافر الركن المادي في جريمة الإجهاض. وترجع حجتهم إلى أن الفكرة في اعتبار الإجهاض جريمة، هي وضع عقبة في سبيل حياة الجنين حتى لا ينعم بحياة مستقبلية. أما في حالة انفصاله عن الرحم وبقائه على قيد الحياة، فلا قيام لهذه الجريمة .(2)

ويؤيد هذا الرأي ما ذهب إليه أحد رجال الطب في أمراض النساء والولادة، والذي اعتبر أن الإجهاض يعد إنهاء لحياة الطفل وهو داخل رحم أمه. وأن ذلك يحدث قبل وصول الحمل لمرحلة القابلية للحياة، وهي المرحلة التي يكون الجنين فيها لديه القدرة على أن يعيش منفصلاً عن أمه.(3) وبالتالي فإن هذا الرأي فرّق بين مرحلة ما قبل القابلية للحياة ومرحلة قابلية الجنين للحياة. واعتبر أن الإجهاض يقع في المرحلة الأولى، أما في الحالة الثانية فيمكن اعتبارها عملية ولادة سابقة لأوانها، ولا يعتبر الفعل إجهاضاً طالما دخل الجنين مرحلة القابلية للحياة .

---

(1) د. محمود نجيب حسن، المرجع السابق، ص 512 . أيضاً د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص 494 . أيضاً انظر د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 228 .

(2) د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 370 . انظر كذلك د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص 638 .

(3) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص 59 .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي؛ ذلك لأنه وفقاً لما ذهبت إليه محكمة النقض في تعريف الإسقاط بأنه كل فعل من شأنه موت الجنين أو إنزاله قبل الميعاد الطبيعي لولادته، ولو نزل حياً. فإن هذا يعني أن المعيار الأساسي حتى يكون الفعل الواقع ممثلاً لجريمة الإجهاض، هو إنزال الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية، سواء نزل ميتاً أم حياً، حتى ولو كان قادراً على الحياة بعد نزوله من رحم أمه حياً . بل إن المشرع المصري لم يشترط موت الجنين لقيام الجريمة، فالعبرة هي بإنهاء حالة الحمل قبل الأوان .

ثالثاً: تعدد النتيجة في الإجهاض.

قد يحدث وتتعدد النتيجة الإجرامية المترتبة على ارتكاب الجاني فعل الإجهاض. كأن يؤدي فعل السلوك الإجرامي الصادر عن الجاني إلى وفاة المرأة الحامل، أو إحداث عاهة مستديمة لها، وذلك إلى جانب إنهاء حملها.وقد عالجت بعض التشريعات الجنائية هذه الحالة بنصوص صريحة. والتي من بينها ما نصت عليه المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات الجزائري بأنه "إذا أفضى الإجهاض إلى الموت، تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ...". كما نصت المادة ٥٤٢ من قانون العقوبات اللبناني على أنه " إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة، عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة من أربع إلى سبع سنوات" .

وفي المقابل سكتت تشريعات أخرى عن وضع نصوص صريحة في مثل هذه الحالة. ويعد من بين هذه التشريعات التشريع المصري، الأمر الذي دعى الفقه الحديث[1] إلى تسمية الحالة التي يقصد فيها الجاني إحداث جريمة معينة، فتقع جريمة أخرى أشد لم يكن

---

[1]) للمزيد راجع في ذلك د. جلال ثروت "الجريمة متعدية القصد"، رسالة دكتوراه، جامعة الأسكندرية، سنة ١٩٥٩، منشأة المعارف بالأسكندرية، طبعة ١٩٦٥ .

يقصدها "بالجريمة متعدية قصد الجاني" مثال ذلك: أن يقصد الجاني إسقاط المجني عليها عن طريق الضرب، إلا أن المجني عليها تموت، فتكون هذه الوفاة قد تعدت النتيجة التي قصدها الجاني وهي إنزال جنينها بإسقاطها.

وهنا اختلف الفقه حول هذه المسألة، الأمر الذي أدى إلى وجود عدة اتجاهات. وذلك على النحو التالي:-

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى أن المسئولية عن الجريمة المتعدية، تقوم على أساس فكرة القصد الاحتمالي، الأمر الذي يترتب عليه تطبيق عقوبة الجريمة الأشد.

الرأي الثاني: اتجه أنصار هذا الرأي إلى تأسيس المسئولية في هذه الحالة، على أساس فكرة التعدد المعنوي للجرائم، الأمر الذي يستلزم معه العودة إلى قصد الفاعل. على ذلك إذا اتجه قصد الفاعل إلى إزهاق روح الحامل من خلال إجهاضها، فهو يسأل في هذه الحالة عن جريمتي القتل العمد والإجهاض. وتنطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد، نظراً لوجود التعدد المعنوي المنصوص عليه في المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصري. أما إذا اتجهت إرادة الجاني إلى قصد إجهاض الحامل فقط، فنكون بصدد تعدد معنوي بين جريمتي الإجهاض والضرب المفضي إلى الموت، وتطبق كذلك عقوبة الجريمة الأشد. كما تطبق نفس القاعدة في حال إصابة المجني عليها بعاهة مستديمة نتيجة فعل الجاني.[1]

الرأي الثالث: يميل هذا الرأي إلى أن الجاني في حالة تعدد النتائج، يسأل عن الجريمة التي قصدها وهي الجريمة الأخف على أساس المسئولية العمدية. ويسأل عن النتيجة الأشد التي لم يتعمدها على

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٨، كذلك انظر د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٥ .

أساس الخطأ غير العمدي، وذلك إذا ثبت أنه احتمل وقوعها أو كان من واجبه ذلك، وبالتالي فإذا قام الجاني بضرب امرأة حامل بقصد إجهاضها، ولكن ترتب على ذلك موتها، فإن الجاني يسأل عن جريمة الضرب عمداً وعن جريمة القتل غير العمد، الأمر الذي يجعل عقوبته أكبر من جريمة الضرب البسيط وأقل من القتل العمد.([1])

ونرى ضرورة التفرقة في هذه الحالة بين القصد الاحتمالي وبين النتائج المحتملة، فالقانون وضع نصوصاً خاصة في بعض الحالات تفرض على الجاني تحمل هذه النتائج، حتى ولو لم يكن قد احتمل وقوعها، مثال ذلك: ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من قانون العقوبات المصري أن "كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً أو أعطاه مواداً ضارة، ولم يقصد من ذلك قتلاً ولكنه أفضى إلى الموت. يعاقب بالسجن المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع". فهذا النص يدل على أن المشرع جعل الجاني مسئولاً مسئولية وسطاً بين القتل العمد وبين الضرب بقصد الضرب وليس القتل.وهذا ما أكد عليه أيضاً المشرع اللبناني عندما نص في مادته٥٤٢ عقوبات على أنه "إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة من أربع إلى سبع سنوات".

أما في حالة القصد الاحتمالي، يعاقب المشرع على النتائج الواقعة جميعها، مع تطبيق عقوبة الجريمة الأشد؛ وذلك بشرط أن يكون الجاني قد توقع حدوث هذه النتيجة، وقبل وقوعها، وأمضى في فعله الإجرامي، فهذا يعني أن الجاني يقصد نتيجة فعل معاقب عليه قانوناً، ولكن النتيجة التي وقعت تجاوزت ما أراده، ففي هذه الحالة يحمله القانون عبء النتيجة التي تجاوزت قصده ما دام أنه توقعها وقبلها.

---

[1]) د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥١٤.

وقد ذهبت محكمة التمييز دبي تأييداً لفكرة النتائج المحتملة إلى أن "الجاني في جريمة الضرب العمد، يكون مسئولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي، ولو كانت عن طريق غير مباشر"(¹)٠

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن "ما قام به شخصان من ممارسة الأعمال التي نجم عنها وفاة المرأة الحامل، لا يشكل جريمة القتل الخطأ، بل يشكل جريمة الجرح المفضي إلى موت"٠(²)

رابعاً: مدى إمكانية الشروع في ارتكاب الإجهاض٠

يُعرف الشروع وفقاً للقواعد العامة وتطبيقاً لما نصت عليه المادة ٤٥ من قانون العقوبات المصري بأنه "البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة، إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها٠ ولا يعتبر شروعاً في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك"٠ كما عرفته المادة ٢٩ من قانون العقوبات الإنجليزي بأنه "عمل ارتكب بقصد ارتكاب جريمة"٠(³)

ونرى بذلك أن الشروع في الجريمة هو ارتكاب فعل يؤدي حالاً ومباشرة إلى وقوع الجريمة، وذلك على الرغم من عدم حدوث النتيجة وفقاً لنظرية الفقيه "جارو"٠(⁴) واتجه القضاء الفرنسي إلى

---

¹) تمييز ١٦ نوفمبر ٢٠٠٢، الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٠٠٢، "مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية الجزائية"، العدد الثالث عشر، سنة ٢٠٠٢، ص ١١٢١، ١١٢٢ ٠

2) Cass. Crim. 1er déc. 1971: Bull. crim. n° 330; Dalloz. 1972.

3) English Penal Code.(Passed 6 June 2001, Entered into force 1 September 2002). Art 29-1 "An attempt is an intentional act the purpose of which is to commit an offence" .

⁴) د. غنام محمد غنام، القسم العام، المرجع السابق، ص ٢٤٨ ٠

أن البدء في التنفيذ يشكل شروعاً في الإجهاض، ما قام به المتهم من إجبار امرأة حامل على ابتلاع محتوى أنبوبة بها مواد مجهضة أو حبوب مجهضة لمدة ثلاثة أيام، وعندما رفضت الاستمرار في ذلك قام بضربها على بطنها، ومع ذلك لم يؤد فعله إلى إسقاطها.(١)

ولكي نفسر ماذا يعني الشروع، فإننا نتعرف على المراحل التي تمر بها الجريمة. فالمرحلة الأولى: تكمن في مرحلة التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة. أما المرحلة الثانية: فإنها تتحقق عندما يستقر فكر الجاني وعزمه على ارتكاب الجريمة، فتبدأ عملية التحضير لها وتهيئة الوسائل والجو المناسب لارتكابها، فهذه المرحلة هي التي يخرج فيها الجاني من المرحلة النفسية إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ملموسة. والواضح وفقاً لنص المادة ٤٥عقوبات مصري، أن المرحلتين السابقتين لا عقاب عليهما. ويلي هاتين المرحلتين المرحلة الأخيرة وهي مرحلة البدء في التنفيذ، والتي منها يبدأ الشروع في الجريمة المعاقب عليها.(٢)

(أ) **الشروع في الإجهاض وفقاً للقواعد العامة.**

يتصور الشروع في الإجهاض عندما يبدأ الجاني في تنفيذ جريمته ويقوم بارتكاب الأفعال المادية التي يقصد من ارتكابها إنهاء حالة الحمل قبل الأوان. فإذا بدأ في تنفيذ فعل الإسقاط ثم أُوقف هذا الفعل أو خاب أثره لسبب لا دخل لإرادته فيه، فنكون في هذه الحالة أمام شروع في ارتكاب جريمة الإجهاض. كما تتحقق صورة الجريمة الموقوفة، في حالة ما إذا بدأ الجاني في تنفيذ فعل الإجهاض وقبل

---

١) Cass. Crim. 20 oct. 1938. Bull. Crim. No 206.

٢) انظر د.عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٩٣، ٥٩٤ . وللمزيد انظر د. سمير الشناوي "الشروع في الجريمة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٢ . كذلك انظر د. أحمد شوقي عمرو أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٢٥٠ .

استنفاده نشاطه الإجرامي، أوقف النشاط لأسباب خارجة عن إرادته. مثال ذلك من يقوم بضرب امرأة بقصد إسقاطها، ويتدخل شخص آخر لوقف هذا النشاط، فلا يقع الإسقاط، أو في حالة إسقاط المرأة لنفسها فتمنع نفسها من إتمام الجريمة. وتكون الجريمة خائبة، في الحالة التي يبذل الجاني كل نشاطه الإجرامي، ولكنه يفشل في إسقاطه الحمل. كمن يعطي امرأة حاملاً موادا مجهضة في الطعام أو الشراب، ولكن يتم إسعافها. فلا ينزل الجنين، وبالتالي لا يقع الإسقاط.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بوقوع الشروع في الإجهاض، مادام البدء في التنفيذ قد تحقق وتوافر القصد الجنائي، حتى ولو كانت الوسائل المستخدمة غير فعّالة في إحداث إسقاط المرأة الحامل.([1]) ومن ثم يعد شروعاً ما قام به الطبيب من الذهاب إلى امرأة حامل ومعه أدوات من شأنها أن تسبب الإسقاط، وسبق وأن وافق على إجراء تلك العملية واتفق على سعرها، ومع ذلك لم يعدل عن فعله إلا بعد تدخل شخص من الغير. كما يشكل شروعاً ما قامت به إحدى القابلات من الذهاب إلى المرأة الحامل ومعها الأدوات اللازمة لإجراء عملية الإجهاض، وبعد تحديد تاريخ إجراء العملية

---

[1]) Crim. 9 nov. 1928: DH 1928. 577; DP 1929. 1. 97, note Henry; JCP 1929. 239, note Garraud • 21 déc. 1939: Bull. crim. n° 192; DH 1940. 78; JCP 1940. II. 1406 • 21 janv. 1942: DA 1942. Somm. 5; JCP 1942. II. 1821 (1re esp.), rapp. Nast et note J. L. Rappr.: • Crim. 28 mars 1950: Bull. crim. n° 117; D. 1951. Somm. 5; S. 1950. 1. 176; RSC 1950. 592, obs. Hugueney • 23 oct. 1956: Bull. crim. n° 656 • 21 déc. 1965: JCP 1966. IV. 17 • T. corr. La Rochelle, 23 oct. 1941: Gaz. Pal. 1941. 2. 554.

لم تستطع إتمامها لتدخل مأمور الضبط القضائي.([1])

(ب) الإجهاض في صورته المستحيلة.

تعد الجريمة المستحيلة أحد صور الشروع في الجرائم. وتنقسم الاستحالة إلى نوعين، الأولى وهي الاستحالة المادية، أما الثانية فهي الإستحالة القانونية. ونرى أن الاستحالة المادية تتحقق في حالة عدم فاعلية الوسيلة المستخدمة للحصول على النتيجة الإجرامية، وهي إنهاء الحمل قبل الأوان، كمن يعطي امرأة حاملاً دواءً بقصد إجهاضها، ثم يتبين بعد ذلك أن الدواء ما هو إلا مثبت للحمل أو فيتامينات، وبالتالي لا تقع النتيجة المرجوة.

ويأخذ الإجهاض صورة الاستحالة القانونية، في حالة انتفاء الشرط المسبق وهو وجود الحمل (أي من حيث محل الجريمة). ويرجع السبب في ذلك إلى عدم توافر شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لوقوع الجريمة، ترتيباً على ذلك فإن من يحاول إجهاض امرأة وهي غير حامل معتقداً على خلاف الواقع أنها حامل، فإن هذا يتحقق به معنى الاستحالة القانونية؛ ذلك لأن الشرط الذي يتطلبه القانون وهو وجود الحمل قد تخلف وقت ارتكاب الجاني للفعل([2]). ويتجه رأى الفقه المصري إلى أن لا عقاب على الاستحالة المطلقة أو القانونية، خاصة وأن العقاب على الشروع في الإجهاض مستبعد.([3])

وقد قضت محكمة النقض بأن "الجريمة لا تعتبر في عداد الجرائم المستحيلة، إلا إذا لم يكن في الإمكان تحققها مطلقاً، كأن

---

[1]) Crim. 30 juill 1942. Bull.Crim. No, 98. – Crim. 5 avr 1954. Bull. Crim. No 140.

[2]) د. مبارك عبد العزيز النويبت، المرجع السابق، ص ١٨١ .

[3]) د. غنام محمد غنام، المرجع السابق،ص ٤٨٩ .

تكون الوسيلة التي استخدمت في ارتكابها غير صالحة البتة لذلك. أما إذا كانت الوسيلة صالحة بطبيعتها، ولكن لم تتحقق النتيجة بسبب ظرف آخر خارج عن إرادة الجاني، فإنه لا يصح القول بالاستحالة".([1])

ولا مجال للقول بالاستحالة القانونية في الإجهاض في القانون الكويتي، وذلك لأنه لا يشترط أن يقع الإجهاض على امرأة حامل. فتنص المادة ١٧٤ عقوبات كويتي على أن" كل من أعطى أو تسبب في إعطاء امرأة حامل كانت أو غير حامل، برضاها أو بغير رضاها، عقاقير أو مواداً أخرى مؤذية أو استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصدا بذلك إجهاضها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألف دينار".

(ج) **تشريعات لا تعاقب على الشروع في الإجهاض.**

اتخذت التشريعات الجنائية موقفاً مختلفاً تجاه العقاب على الإجهاض. فقد ذهبت طائفة من هذه التشريعات إلى العقاب على الشروع في الإجهاض، ومن بينها التشريع الفرنسي واللبناني والجزائري. بينما ذهبت طائفة أخرى إلى عدم العقاب على الشروع في الإجهاض ومنها التشريع المصري- على ما سنرى فيما بعد- .

وتنص المادة ٢٦٤ من قانون العقوبات المصري تنص على أنه "لا عقاب على الشروع في الإجهاض". ويبرر المشرع مسلكه هذا، بأن حق الجنين لم ينله أي اعتداء، بل إن العلة تكمن في التشجيع عن العدول الاختياري([2]) عن ارتكاب الفعل. ومن هنا تتضاءل الأهمية الاجتماعية للفعل المرتكب، فضلاً عن أن جرائم الإجهاض تكشف أسراراً عائلية أو أخلاقية، من المصلحة التستر عليها خاصة في حالة

---

[1]) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض س ٢١، ص ١٠٩٣ .

[2]) د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٣١ .

وقوع الإجهاض بالفعل.[1] ويضاف إلى ذلك أن عدم العقاب على الشروع في الإجهاض، يؤدي إلى عدم إمكانية العقاب على الاشتراك في هذا الشروع .

وقد كان موقف المشرع هذا محلاً للانتقاد من جانب غالبية الفقه، والتي ترى أن ما نص عليه المشرع المصري بعدم العقاب على الشروع في الإجهاض، لا يوفر الحماية الكاملة والفعالة للجنين؛ ذلك لأنه على الرغم من عدم وقوع فعل الإجهاض. إلا أن المشرع اتخذ موقفاً مناقضاً حينما شدد العقاب في إحدى صور الإجهاض- إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف- وجعل العقاب هو السجن المؤبد. والذي يدل على خطورة الفعل الذي شُدد العقاب من أجله. وفي نفس الوقت فإن المشرع لا يعاقب على الشروع في الإسقاط .[2]

وذهب رأي آخر إلى أنه نظراً لعدم نص المشرع على العقاب في حالة الشروع في ارتكاب فعل الإسقاط، فإن الفاعل لا يعاقب أيضاً وفقاً لنصوص التجريم الخاصة بجرائم الإيذاء البدني كالضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة . ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه النصوص تحمي الإنسان الحي، في حين أن هذا الوصف لا ينطبق على الجنين إلا عند بدء عملية الولادة . وبذلك يزيد موقف المشرع المصري تقصيراً وإهداراً لحق الجنين منذ بداية التلقيح، وحتى بدء عملية الولادة. فلم يحميه إلا من خلال النصوص الخاصة بالإسقاط العمدي، ولم يكمل طريقه في الحماية الكاملة.[3]

وفي رأينا فإن موقف المشرع المصري يشوبه القصور والنقد؛ ذلك

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٣ .

[2]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٣ . انظر أيضاً د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٦ .

[3]) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٥٤ .

لأن أغلب التشريعات الجنائية، اتجهت إلى العقاب على الشروع في الإجهاض. ونرى أن السبب في ذلك يرجع إلى أن مجرد شروع الجاني في تنفيذ الأفعال المادية المؤدية إلى الإسقاط تعد دليلاً كافياً على خطورته الإجرامية. فمن وجه نظرنا أن الجاني طالما اتجهت نيته إلى الفعل وبدأ في تنفيذه، فهذا دليل على تعمده إتيان الفعل المجرم حتى ولو لم تقع النتيجة لسبب خارج عن إرادته. يضاف إلى ذلك أن الحق المعتدى عليه في الإجهاض متعدد، بحيث يشمل حق الأم في الإنجاب وحق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية بعيدة عن المخاطر الصحية والنفسية. وأخيراً فإن هناك حق المجتمع في التكاثر والنماء. لذلك ندعو المشرع المصري أن يوفر حماية كاملة للمرأة الحامل. وذلك بإعادة النظر في النص الذي يقرر عدم العقاب على الشروع في الإجهاض، ومراعاة العواقب الوخيمة التي قد تترتب على مجرد الشروع في ارتكاب مثل هذه الجريمة، من أضرار قد تصيب الأم، أو تصيب الجنين بالتشوه أو الإعاقة في حال حياته.

(د) **تشريعات تعاقب على الشروع في الإجهاض.**

اتجهت معظم التشريعات الجنائية إلى النص على عقاب الشروع في الإجهاض، وذلك على خلاف الموقف الذي اتخذه المشرع المصري. ويعد من أمثلة هذه التشريعات قانون العقوبات الجزائري، فقد نص في مادته ٣٠٤ على أن "كل من أجهض امرأة حاملاً، أو مفترضاً حملها، بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أم لم توافق، أو شرع في ذلك ...".

كما تنص المادة ٥٢٨ من قانون العقوبات السوري على أن "من أقدم بأية وسيلة كانت، على إجهاض امرأة أو محاولة إجهاضها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات". كذلك نص قانون

العقوبات اللبناني في مادته ٥٤٤ على توقيع عقوبات الإجهاض ولو كانت المرأة التي أجريت عليها وسائل التطرح غير حامل. كذلك فإن قانون العقوبات البلجيكي يعاقب على الشروع في الإجهاض وفقاً لنص المادة المادة (٣٤٨ - ٢) عقوبات بلجيكي.(١)

يتضح من النصوص السابق بيانها، أن معظم التشريعات الجنائية اتجهت إلى العقاب على الإجهاض، حتى ولو اعتقد الجاني أنها حامل، ولو في حالة عدم حملها. أي أن هذه التشريعات تعاقب على حالات الاستحالة. ويرجع السبب في ذلك - من وجهة نظرنا- إلى أن خطورة الجاني الإجرامية قد ظهرت بمجرد شروعه في ارتكاب فعل الإجهاض. والذي يترتب عليه الاعتداء على حقوق الأم وجنينها .

أما المشرع الفرنسي فقد اتخذ موقفاً واضحاً تجاه حالة الشروع في الإجهاض. وذلك حينما نص في مادته (٢/٢٢٢٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي تحت بند إنهاء الحمل غير القانوني"، على العقاب في حالة شروع الغير في الإجهاض، وبيان الظروف التي ترتكب فيها بنصه على الآتي "إنهاء الحمل من قبل الغير يعاقب بالسجن سنتين، وغرامة ثلاثين ألف يورو، حينما يرتكب عن قصد في أحد الظروف التالية":- (٢)

---

[1]) Stéphanie Villers. "L'avortement et la justice, une répression illusoire?. discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique (1918-1940)", ibid, p 193 .

[2]) Code de la santé publique. Chapitre II: Interruption illégale de grossesse. Article L2222-2 "L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :-

أ) بعد انتهاء المدة التي يسمح بها القانون، باستثناء إذا حدث بداعي العلاج.

ب) من قبل شخص لا يتمتع بصفة الطبيب.

ج) أن يتم في مكان غير المؤسسة العلاجية العامة أو الخاصة، والتي استوفت الشروط المنصوص عليها قانوناً.

ويعاقب عليها بخمس سنوات حبس وبغرامة خمسة وسبعين ألف يورو، لو أن المتهم مارس هذا الفعل بشكل معتاد. ويعد الشروع في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالمادة السابقة معاقباً عليها بنفس العقوبات. وأكد القضاء الفرنسي على أن فعل الاعتياد يتحقق بوقوع فعلين للإجهاض متتابعين.(١)

= 1° Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical ;
2° Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ;
3° Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.
Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement. La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.

[1]) Poitiers, 16 aout 1940. DC 1941.

المبحث الثالث

علاقة السببية في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

علاقة السببية هي الرابطة التي تقوم بين السلوك الإجرامي والنتيجة المادية في الجريمة.([1]) بمعنى أن يكون السلوك الإجرامي هو السبب الذي أدى إلى حدوث النتيجة. فإذا انتفت علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، فلا يسأل الشخص إلا عن سلوكه الإجرامي. فتعد علاقة السببية هي العنصر الثالث في تكوين الركن المادي للجريمة.([2])

وبالتالي يشترط للقول بتوافر الركن المادي في جريمة الإجهاض، أن تتوافر علاقة سببية بين النشاط الذي يقوم به الجاني وبين موت الجنين في رحم أمه. أو إنزاله من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته حياً أو ميتاً. مثال ذلك من يقوم بإعطاء المرأة الحامل مواداً مجهضة، فيترتب على ذلك إجهاضها. وبالتالي يكون السلوك الذي ارتكبه الجاني هو السبب في النتيجة المترتبة وهي الإسقاط.

ونلاحظ أنه إذا انتفت هذه العلاقة لا تقوم جريمة الإجهاض، وذلك لعدم اكتمال العنصر الثالث في الركن المادي. مثال ذلك أن يقوم الجاني بضرب المرأة الحامل بقصد إجهاضها، فتفر هاربة ويقع الإجهاض نتيجة إصابتها في حادث سيارة، أو وقوعها من مبني عال.

أولاً: معيار توافر علاقة السببية.

تتوافر علاقة السببية في الحالة التي يكون فيها فعل الجاني، هو المؤدي بمفرده إلى إحداث النتيجة. وذلك كمن يركل المرأة

---

[1]) د. غنام محمد غنام، القسم العام، المرجع السابق، ص ١٨٤.

[2]) د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

الحامل، فيترتب على ذلك إسقاطها في الحال. ففي المثال السابق لا يحتاج الأمر سوى تحديد شخص الجاني فقط، وذلك لإثبات قيام علاقة السببية بين فعله وحدوث الإسقاط .

وعن الحالة التي تعدد فيها العوامل وتساهم كل منها في إحداث النتيجة، فيدور البحث حول السبب الذي أدى إلى إحداث النتيجة. وتثور هذه الحالة بصفة خاصة، في حالة تراخي حدوث النتيجة فترة من الزمن، عن الوقت الذي باشر فيه الجاني سلوكه الإجرامي. الأمر الذي يؤدي إلى تداخل عوامل أخرى يشتبه في مساهمتها في إحداث النتيجة. ومن هنا يُثار تساؤل حوّل المعيار الذي يمكن أن يكون أساساً، لاعتبار أن سلوك الجاني هو السبب في حدوث النتيجة من الناحية القانونية .

لم تضع معظم التشريعات الجنائية معياراً دقيقاً وواضحاً يحدد علاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرامية المترتبة على هذا السلوك. ونظراً لوجود صعوبة في وضع معيار ثابت ومحدد يمكن تطبيقه على كل الحالات؛ فقد ترتب على ذلك وجود خلاف في الرأي، أدى إلى وجود العديد من النظريات.(1)

---

(1) أ) نظرية تعادل الأسباب: ظهرت هذه النظرية في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، على يد الفقيه الألماني "فون بوري". ومؤدى هذه النظرية أن أي عامل يصلح أن يكون سبباً في حدوث النتيجة، مادام من الثابت أنه ساهم فعلاً في وقوع النتيجة الإجرامية المعاقب عليها. إلا أن هذه النظرية لا تلتزم بفكرة التكافؤ أو التعادل بين الأسباب والعوامل. ويرجع السبب في ذلك إلى أنها قررت أنه في حالة اجتماع أسباب إنسانية وأخرى غير إنسانية، فإن الفعل الإنساني الأول هو الذي يتحمل نتائج غيره من الأعمال الإنسانية. وفي حالة اجتماع أسباب إنسانية وأخرى طبيعية، وذلك كمن يقوم بضرب امرأة حبلى، ويتم إنقاذها ونقلها إلى المستشفى، ثم يشب حريق بالمستشفى أدى إلى إصابتها وإنزال جنينها؛ ففي هذا الحالة العمل الإنساني وحدّه هو الذي يتحمل مسئولية إسقاط المجني عليها. فالجاني وفقاً لهذه النظرية يسأل عن جريمة الإجهاض؛ لأنه لولا فعله ما تم نقل المجني عليها إلى المستشفى.=

== أما إذا تبين ان النتيجة كانت ستحدث حتماً، بصرف النظر عن سلوك الجاني؛ فإن صلة السببية تنقطع بين فعله وبين النتيجة. مثال ذلك/ من يقوم بإعطاء المجني عليها الحامل مواداً مجهضة، ولكن حدثت هزة ارضية مفاجئة، ترتب عليها سقوطها من فوق سلم عال، الأمر الذي ادى إلى إسقاطها. فإن الجاني وفقاً لهذه النظرية لا يسأل إلا عن شروع في إجهاض- وهو غير معاقب عليه وفقاً للقانون المصري- ذلك لأن صلة السببية تنقطع بين فعله وبين النتيجة. ويرجع السبب في ذلك ان هذه النتيجة كانت ستحدث، ولو لم يقوم الجاني بضرب المجني عليها .

ونلاحظ أن هذه النظرية انتُقدت، حيث أنها تناقض نفسها، فهي تقر تعادل الأسباب أياً كانت، ثم تعود وتختار من بينها سبباً تلقي عليه النتيجة. كما أن هذه النظرية تحمل الفعل الإنساني نتائج غيره من الأعمال الإنسانية، بالإضافة إلى نتائج أعمال الطبيعة، وبالتالي فإنها تسرف في تحميل الجاني للنتيجة مهما كان نصيبه في إحداثها بسيطاً. فهي تعتمد على السببية الطبيعية وليست السببية القانونية .

ب) **نظرية السبب الأقوى:** تجعل هذه النظرية المعيار قائماً على إسناد النتيجة إلى السبب الفعال أو الأقوى في إحداثا. ومن ثم فإن غيره من العوامل الأخرى، لا تعدو ان تكون مجرد ظروف تساهم مع السبب الأقوى في حدوث النتيجة، ولا تنسب إليها تلك النتيجة. الأمر الذي يلقى على القاضي عبء البحث في مختلف العوامل لمعرفة ما هو السبب الأقوى في إحداث النتيجة.

غير أن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها تثقل كاهل القاضي في أن يميز بين ما يعتبر سبباً قوياً او فعالاً، عن غيره من الأسباب الأخرى. ولذلك قيل انها تضع ضابطاً غامضاً، هو نفسه في حاجة إلى الضبط والتحديد .

ج) **نظرية السبب الملائم:** تذهب هذه النظرية إلى ان سلوك الجاني يعتبر سبباً للنتيجة، إذا كان يؤدي إليها وفقاً للمجرى العادي للأمور. وبالتالي فيعد نشاط الجاني سبباً في النتيجة، ولو ساهمت معه عوامل اخرى سابقة له او معاصرة أو لاحقة، مادامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة وغير شاذة. ومعيار كون الفعل شاذاً، يتمثل عند انصار هذه النظرية بمعيار موضوعي بحت، أي بمعيار يقوم ليس على ما يتوقعه الجاني شخصياً، وإنما على ما يتوقعه الشخص العادي إذا وُجد في مثل ظروفه. (راجع في ذلك د. رءوف عبيد " السببية الجنائية بين الفقه والقضاء"، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٨٣، ص ٢٨ ،كذلك انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٩٧ ،أيضاً د/ عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٢٨٧، ٤٣١ . كذلك د/ أحمد شوقي عمرو أبو خطوة، المرجع السابق، ص٣٣٢ . أيضاً د/ مبارك عبد العزيز النويبت، المرجع السابق، ص ١١٠ .

الملائم. ففي المثال السابق، يعتبر الحريق الذي وقع بالمستشفى عاملاً شاذاً؛ وذلك لأن الجاني لم يعلم به وقت ارتكاب سلوكه الإجرامي. ويعد من الأمور المألوفة التي لا تقطع علاقة السببية بين نشاط الجاني وحدوث الإجهاض، أن تكون المجني عليها ضعيفة البنية أو مصابة بمرض سابق.

ثانياً: موقف التشريعات الجنائية من علاقة السببية في الإجهاض.

اتجهت بعض التشريعات الجنائية، إلى وضع معيار يمكن على أساسه التقرير بأن السلوك الإجرامي يعتبر طبقاً له سبباً للنتيجة من الوجهه القانونية، بالنص على ذلك صراحة.حيث نصت المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبناني على أنه " لصلة السببية بين الفعل، وعدم الفعل من جهة، وبين النتيجة الإجرامية من جهة ثانية، لاينفيها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة، سواء جهلها الفاعل أم كانت مستقلة عن فعله. ويختلف الأمر إذا كان السبب مستقلاً وكافياً بذاته لإحداث النتيجة الجرمية، ولا يكون الفاعل في هذه الحالة عرضة إلا لعقوبة الفعل الذي ارتكبه".

كما نصت المادة ٣٢ من قانون العقوبات الإماراتي على أن "لا يسأل الشخص عن جريمة لم تكن نتيجة لنشاطه الإجرامي، غير أنه يسأل عن الجريمة ولو كان قد أسهم مع نشاطه الإجرامي في إحداثها سبب آخر، سابق أو معاصر أو لاحق، متى كان هذا السبب متوقعاً أو محتملاً وفقاً للسير العادي للأمور. أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة، فلا يسأل الشخص في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه".(١)

كذلك نصت المادة ٢٠٣ من قانون العقوبات السوري على أن "الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة، وبين النتيجة

(١) قانون العقوبات الإتحادي، رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الجرمية من جهة ثانية، لا ينفيها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة، سواء جهلها الفاعل أم كانت مستقلة عن فعله "٠

أما قانون الجزاء الكويتي، فالأصل فيه هو السببية المباشرة، بمعنى أن يكون فعل الجاني هو السبب الذي أدى بمفرده إلى إحداث النتيجة٠(١) ولكن في حالة تعدد العوامل، فإن النتيجة تسند إلى فعل الجاني، وذلك في الحالات المنصوص عليها بالمادة/ ١٥٧ جزاء(٢)٠

ثالثاً: موقف القضاء من علاقة السببية في الإجهاض٠

يبدو أن غالب أحكام القضاء المصري أخذت بنظرية السببية الملائمة، والتي تقرر أن علاقة السببية تقوم بين فعل الجاني وبين النتيجة التي ساهم في إحداثها٠ ولو تدخلت بينه وبين هذه النتيجة عوامل أخرى ساهمت في تحقيقها، طالما أن هذه العوامل كانت متوقعة ومألوفة٠ وهو ما يؤكد أن خطأ المجني عليه لا يقطع علاقة السببية بين خطأ المتهم وحدوث النتيجة(٣)٠ وبالتالي فإن الخطأ

---

١) د. مبارك النوييت، المرجع السابق، ص ١١١ ٠

٢) تنص المادة ١٥٧ من قانون الجزاء الكويتي على أن "يعتبر الإنسان قد تسبب في قتل انسان آخر، ولو كان فعله ليس هو السبب المباشر أو السبب الوحيد في الحالات الآتية: ١) إذا أوقع الفاعل بالمجني عليه أذى، استوجب إجراء عملية جراحية أو علاجاً طبياً، وأفضى ذلك إلى موت المجني عليه، مادامت العملية أو العلاج قد أجريا بالخبرة والعناية الواجبتين، طبقاً لأصول الصناعة الطبية٠ ٢) إذا أوقع الفاعل بالمجني عليه أذى، ليس من شأن أن يفضي إلى الموت، ولو أن المجني عليه لم يقصر في اتخاذ الإحتياطات الطبية والصحية الواجبة ٠ ٣) إذا حمل الفاعل المجني عليه على ارتكاب فعل يفضي إلى موته، باستعمال الوسيلة الطبيعية لتوقي العنف المهدد به ٠ ٤) إذا كان المجني عليه مصاباً بمرض أو بأذى من شأنه أن يؤدي إلى الوفاة، وعجل الفاعل بفعله موت المجني عليه٠ ٥) إذا كان الفعل لا يفضي إلى الموت، إلا إذا اقترن بعمل من المجني عليه أو من أشخاص آخرين" ٠

٣) أخذ القضاء المصري معياراً لعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، والذي يتمثل في ضرورة توافر أمرين، وهما عامل مادي وعامل معنوي، حيث قضت محكمة النقض بأن " رابطة السببية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني، وترتبط من الناحية ==

المشترك للطبيب والمرأة الحامل لا يقطع علاقة السببية، ومن ثم لا تندفع به المسئولية الجنائية للطبيب.

وقد ذهبت محكمة النقض في ذلك إلى أنه "من المقرر أن علاقة السببية في المواد الجنائية، مادية تبدأ بالفعل الذي اقترفه الجاني، وترتبط به من الناحية المعنوية، مما يجب عليه أن يتوقعه من النتيجة المألوفة لفعله، إذا ما أتاه عمداً، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه، والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير".([1])

واتجهت في قضائها أيضاً إلى أن "ذهاب المجني عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول، ليجري لها عملية الإسقاط، ووفاتها بسبب ذلك، لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور، وليس في مسلك المجني عليها ما يقطع علاقة السببية بين فعل المسقط وبين وفاة المجني عليها".([2])

وانتهت محكمة التمييز بدبي في حكم لها بأن "الإهمال في العلاج أو التراخي فيه بفرض حدوثه، لا يقطع رابطة السببية، ما لم يثبت أنه كان متعمداً لتجسيم المسئولية، وهو ما لم يقل به الطاعن، كما

== المعنوية بما يجب أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً... ومن المقرر أن المتهم في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً مسئولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي، كإطالة أمر علاج المجني عليه أو تخلف عاهة مستديمة أو الإفضاء إلى موته ولو كانت عن طريق غير مباشر ما دامت لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة". نقض ١٩٧٤/٤/٨، مجموعة أحكام محكمة النقض"، س ٢٥، ص ٣٩٥، رقم ٨٥ .كذلك قضي بتوافر علاقة السببية بين نشاط الجاني في جريمة ضرب عمد والوفاة التي حدثت مهما ساهمت معه عوامل أخرى كالضعف الشيخوخي، أو الإهمال في العلاج، إن أن من الواجب على الجاني أن يتوقع هذه العوامل. نقض ١٩٣٣/١١/٢٠،" مجموعة القواعد القانونية"، الجزء الثالث، ص ٢٠٧، رقم ٢١١ .

[1]) نقض ٨ إبريل ١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، س٢٥، ص ٣٩٥ .

[2]) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٧٠، طعن رقم ١١٢٧س٤٠ق، س ٢١،ص ١٠٢٥ .

ان مجرد مرور فترة زمنية بين واقعة الاعتداء وحصول الوفاة، لا يقطع هذه الرابطة[1]".

رابعاً: إثبات علاقة السببية في الإجهاض.

من المقرر أن علاقة السببية من المسائل الموضوعية التي يستقل باستخلاصها قاضي الموضوع. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه إلا في حدود أن الأمور التي أخذت بها المحكمة، لها مأخذها الصحيح من الأوراق. وأن يذكر الحكم مؤدى الدليل الذي استخلص منه توافر رابطة السببية .[2]

وبالتالي فإن أحكام القضاء تحرص على إثبات علاقة السببية بين نشاط الجاني والنتيجة التي وقعت. والحكم الذي يغفل بيان هذه العلاقة، يكون قاصراً ومتعيناً نقضه؛ وذلك لأن علاقة السببية تعد عنصراً من عناصر أركان الجريمة. حيث قضت محكمة النقض بأن "خلو الحكم من بيان رابطة السببية بين الإصابات التي أثبتت على المتهم إحداثها بالمجني عليه، وبين وفاة هذا الأخير، على الرغم من أن هذا البيان جوهري، ولازم للقول بتوافر أركان الجريمة، يجعل الحكم مشوباً بالقصور ومتعيناً نقضه".[3]

---

[1]) تمييز ١٦ نوفمبر ٢٠٠٢، طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٠٠٢ " مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية والجزائية" العدد الثالث، لعام ٢٠٠٢، ص ١١٢١ .

[2]) نقض ٤ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض، س٢٨ ص١٠١٦ .

[3]) نقض ٢٢ مايو ١٩٧٧، طعن رقم ٦٣ لسنة ٤٧ق، مجموعة أحكام النقض س٢٨، ص ٦٣٩ . كما قضت محكمة النقض فيما يتعلق بعلاقة السببية بأنه "لما كان الحكم قد عرض للدفع بانتفاء علاقة السببية بين اعتداء الطاعن. وآخر. على المجنى عليه وبين وفاته ولطلب استدعاء الطبيب الشرعى ورد عليه فى قوله : "وحيث أنه بالنسبة لما أثاره الدفاع من أنه أجريت للمجنى عليه عملية جراحية بمستشفى ميت غمر وأنه كان يجب أجراء هذه الجراحة بمعرفة طبيب متخصص فى جراحة المخ وطلب مناقشة الطبيب الشرعى ==

المبحث الرابع
المساهمة الجنائية في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

يقصد بالمساهمة الجنائية الحالة التي يتعدد فيها الجناه الذين يرتكبون الجريمة الواحدة(1)٠ ويشترط للقول بوجود مساهمة جنائية إلى جانب ضرورة تعدد الجناه، أن تقع الجريمة محل المساهمة بالفعل٠وأن يكون فعل المساهم مؤثراً في وقوع النتيجة الإجرامية٠ وأن يتوافر لدى المساهم قصد المساهمة مع غيره في إحداث النتيجة الإجرامية٠ كما يتعين توآفر رابطة التضامن والمشاركة فيما بينهم

== فى هذا الشأن فان كان ذلك مردود عليه بما ورد بتقرير الصفة التشريحية من أن اصابات المجنى عليه كلها حيوية حديثة نشأت من المصادمة الراضية الشديدة بجسم أو أجسام صلبة ذات طبيعة راضية وثقيلة وان الوفاة تعزى إلى تلك الإصابات وما أحدثته من كسور بعظام الجمجمة ونزيف دموى والصدمة الشديدة "وهو ما يؤدى إلى ما خلص اليه الحكم من توافر علاقة السببية بين فعل الطاعن ووفاة المجنى عليه ويسوغ رفض طلب مناقشة الطبيب الشرعى فى خصوص احتمال الخطأ فى معالجة المجنى عليه، وكان من المقرر أن علاقة السببية مسألة موضوعية ينفرد قاضى الموضوع بتقديرها ومتى فصل فيها اثباتا أو نفيا" فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ما دام قد اقام قضائه فى ذلك على أسباب تؤدى اليه، وأن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الدفاع إلى ما طلبه من مناقشة الطبيب الشرعى ما دامت الواقعة قد وضحت لديها ولم تر من جانبها حاجة إلى اتخاذ هذا الاجراء وكان الاهمال فى علاج المجنى عليه أو التراخى فيه . بفرض صحته . لا يقطع رابطة السببية ما لم يثبت أنه كان متعمدا" لتجسيم المسئولية وهو ما لم يقل به الطاعن، فانه لا تثريب على المحكمة أن هى التفتت عن دعوة الطبيب الشرعى لتحقيق دفاع المجنى عليه المبنى على انقطاع رابطة السببية للإهمال فى علاج المجنى عليه ما دام أنه غير منتج فى نفى التهمة عنه على ما سلف بيانه، ويكون النعى على الحكم بقالة الاخلال بحق الدفاع لهذا السبب فى غير محله" نقض ١٣ يناير ١٩٩١، الطعن رقم ٨٥٨٨ لسنة ٦١ق"٠

(1) راجع د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٧٠ ٠

في الجريمة الواحدة.([1])

وقد قضت محكمة النقض بأن "الفاعل مع غيره هو بالضرورة شريك، يجب أن يتوافر لديه على الأقل ما يتوافر لدى الشريك من قصد المساهمة في الجريمة، أو نية التدخل فيها إذا وقعت نتيجة اتفاق بين المساهمين، ولو لم ينشأ إلا لحظة تنفيذ الجريمة تحقيقاً لقصد مشترك هو الغاية النهائية من الجريمة، أي يكون كل منهم قصد قصد الآخر في إتباع الجريمة المعنية، وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة، وإن لم يبلغ دوره على مسرحها حد الشروع"([2]).

والمساهمة الجنائية لا تأخذ صورة واحدة فحسب. بل تتحقق إما بإسهام عدة أشخاص في ارتكاب الجريمة بدور أصيل يجعل من كلاً منهما فاعلاً أصلياً للجريمة التي وقعت، وتسمى هذه الحالة " بالمساهمة الجنائية الأصلية". وقد تتحقق في حالة إسهام الشخص في الجريمة بدور ثانوي، يجعل منه مجرد شريك في ارتكاب الجريمة. فلا يدخل فعله في الركن المادي للجريمة رغم اتصاله بها بطريق غير مباشر، وتسمى "بالمساهمة الجنائية التبعية".([3])

وقد تضمن قانون العقوبات المصري الأحكام الخاصة بالمساهمة الجنائية في الباب الرابع من الكتاب الأول تحت عنوان "اشتراك عدة أشخاص في جريمة واحدة".([4])

---

[1]) نقض ٢٣ أكتوبر ١٩٩٠، مجموعة أحكام النقض، س ٤١ ق، رقم ١٦٣، ص ٩٣٤.

[2]) د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٧٧١.

[3]) للمزيد راجع د. أحمد شوقي عمرو أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

[4]) قضت محكمة النقض بأن" المادة/٤٠ من قانون العقوبات إذا نصت في فقرتها الثانية على أن الاشتراك يكون بواسطة الاتفاق فإنها نصت كذلك في فقرتها الثالثة على أن الاشتراك يكون أيضاً بالمساعدة، فكل ما اشترطه القانون في هذه الفقرة لتحقق الاشتراك بالمساعدة أن يكون الشريك عالماً بارتكاب الفاعل للجريمة وأن يساعده، بقصد المعاونة على إتمام ==

وتخضع جرائم الإجهاض للقواعد العامة في المساهمة الجنائية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهو ما سنعرض له على النحو الآتي:-

المطلب الأول: الفاعل الأصلي في جريمة الإجهاض (المساهمة الأصلية).

المطلب الثاني: الشريك في جريمة الإجهاض(المساهمة التبعية).

المطلب الأول
الفاعل الأصلي في جريمة الإجهاض
(المساهمة الأصلية)

تمهيد:-

نصت المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري على الآتي:- يعد فاعلاً للجريمة:-

أولاً: من يرتكبها وحده أو مع غيره.

ثانياً: من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أفعال، فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها.

وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأن "لما كانت المادة ٣٩ من قانون العقوبات قد نصت على أنه "يعد فاعلاً للجريمة "، " أولاً " من يرتكبها وحده أو مع غيره، " ثانياً " من يدخل فى ارتكابها إنما كانت تتكون من جملة أفعال فيأتى عمداً عملاً من الأعمال المكونه لها ". والبين من نص هذه المادة فى صريح لفظه وواضح دلالته ومن

== ارتكابها في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها، ولو كان الاتفاق بين الفاعل والشريك شرطاً لازماً في هذه الحالة، أيضاً لما كان هناك معنى لأن يقرر القانون فقرة خاصة يعنى بها فيها ببيان طرق المساعدة، وشروط تحقق الاشتراك بها مع سبق النص في الفقرة الثانية على تحققه بمجرد الاتفاق مع الفاعل على ارتكاب الجريمة" نقض ٨ أبريل سنة ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض، س٣ق، رقم ٣٠٣، ص ٨٠٨ .

الأعمال التحضيرية المصاحبة له ومن المصدر التشريعى الذى استمد منه وهو المادة ٣٩ من القانون الهندى، أن الفاعل إما أن ينفرد بجريمته أو يسهم مع غيره فى ارتكابها فإذا أسهم فإما يصدق على فعله وحده وصف الجريمة التامة، وإما أن يأتى عمداً عملاً تنفيذياً فيها إذ كانت الجريمة تتركب من جملة أفعال سواء يجب تطبيقها، أو طبقاً لخطة تنفيذها وحينئذ يكون فاعلاً مع غيره إذا صحت لديه نية التدخل فى ارتكابها ولو أن الجريمة لم تتم بفعله وحده بل تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تتدخلوا معه فيها عرف أو لم يعرف، اعتباراً بأن الفاعل مع غيره هو بالضرورة شريك يجب أن تتوافر لديه على الأقل ما يتوافر لدى الشريك من قصد المساهمة فى الجريمة، وإلا فلا يسأل إلا عن فعله وحده. ويتحقق حتماً قصد المساهمة فى الجريمة أو نية التدخل فيها إذا وقعت نتيجة الاتفاق بين المساهمين ولو لم ينشأ إلا لحظة تنفيذ الجريمة تحقيقاً لقصد مشترك هو الغاية النهائية من الجريمة، أى أن يكون كل منهم قصد الآخر فى إيقاع الجريمة المعينة وأسهم فعلاً بدور فى تنفيذها بحسب الخطة التى وضعت أو تكونت لديهم فجأة وإن لم يبلغ دوره مسرحها حد الشروع وكان القصد أمراً باطنياً يضمره الجانى وتدل عليه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الأعمال المادية المحسوسة التى تصدر عنه، فإن العبرة هى بما يستظهره الحكم من الوقائع التى تشهد بقيامه".(1)

يتضح من ذلك أنه متى ارتكب أفعال المساهمة الأصلية في الجريمة شخص واحد وقام بارتكاب الجريمة وحده. فيعد فاعلاً أصلياً وحيداً لها، حتى ولو ساهم معه آخرون بأفعال المساهمة التبعية. وتكون هذه الحالة من حالات الاشتراك التي سنعرض لها فيما بعد. وقد يتعدد الفاعلون الأصليون فيسمى كل من هؤلاء

(1) نقض جنائي ١٩٩٤/٤/١٩، الطعن رقم ٥٢٤٩ لسنة ٦٢ق،

الفاعلين" فاعلاً مع غيره"، وسنعرض لكل من الصورتين على النحو التالي:

الصورة الأولى: الفاعل الأصلي الوحيد في الإجهاض.

تعتبر المرأة فاعلاً أصلياً في الإجهاض، إذا أجهضت نفسها دون أن يسهم معها غيرها. وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٢ عقوبات مصري بقولها "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها". ويكون فاعلاً أصلياً في الإجهاض من يقوم بإجهاض المرأة الحامل دون علمها ودون رضائها. سواء ارتكب فعل الإسقاط بنفسه أم مع غيره، في حالة انفراده بالدور الرئيسي في الجريمة.

الصورة الثانية: الفاعل مع غيره في الإجهاض.

تعد المرأة فاعلاً مع غيرها، في حالة قيام الفاعل بإجهاضها وذلك بعلمها ورضاها. فنص المادة ٢٦٢ عقوبات مصري يتضمن الآتي "أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة". وترجع علة هذا الحكم في أن المرأة لها السيطرة على المشروع الإجرامي، فنية الفاعل تتوافر لديها.(1)

وقد توسع المشرع المصري في تحديد الفاعل مع غيره في الإجهاض. فاعتبر فاعلاً من يقتصر نشاطه على مجرد دلالة الحامل على الوسائل المؤدية للإجهاض، متى استخدمت الحامل تلك الوسائل وأدى إلى إجهاضها. وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦١ عقوبات المصري، ويخضع في هذه الحالة إلى جريمة إجهاض الغير للحامل. فهذا الحكم يعد خروجاً على القواعد العامة في المساهمة الجنائية؛ لأن دلالة الحامل لا تعدو أن تكون مجرد فعل من أفعال المساهمة التبعية في جريمة إجهاض الحامل لنفسها، حيث تأخذ هذه

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٣، ٣١٤.

الصورة صورة المساعدة، ولكن الفقه برر ذلك بأن دلالة الحامل على الوسائل المؤدية للإجهاض، هي المرحلة الأساسية في المشروع الإجرامي، فتعد هي الخطوة الأولى والتي لولاها ما ارتكب النشاط الإجرامي.([1])

ومع ذلك فليس كل من ساهم في إجهاض المرأة الحامل فاعلاً أصلياً، بل يعد شريكاً إذا اقتصرت مساهمته على التحريض أو الاتفاق، وبالتالي فإذا لم تتخذ المساهمة صورة الدلالة على وسائل الإجهاض، فتعد اشتراكاً في الإجهاض.

وقد قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر فى صحيح القانون أنه يكفى لاعتبار الشخص فاعلاً أصلياً فى الجريمة أن يساهم بفعل من الأفعال المكونة لها إذا صحت نية التدخل فى ارتكابها".([2])

ويثار التساؤل حول هل تعتبر المرأة فاعلة أصلية في حال قيام الطبيب بإجهاضها، وكان ذلك برضائها؟

نصت المادة ٣٩ عقوبات مصري في فقرتها الأخيرة على أنه "ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم، وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها". وبمناقشة الفرض السابق، نتبين أن المرأة في حال اعتبارها فاعلاً أصلياً مع الطبيب، تشكل الواقعة جنحة بالنسبة لها. وذلك على أساس أن الفاعل لا يتأثر بالظروف الخاصة بأحد الفاعلين معه وفقاً للمادة ٢٦١ عقوبات مصري؛ لأن من بين الظروف التي تغير من وصف الجريمة صفة الطبيب في جريمة الإجهاض. فقد

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٤، كذلك انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٧٧.

[2]) نقض جنائي ١٩٩٦/١٢/٩، الطعن رقم ١٣٣٦٢ لسنة ٦٤ق،

نصت المادة ٢٦٣ عقوبات مصري على أن "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالسجن المشدد"٠ في حين أنه إذا تجردت هذه الصفة، فيعد الفعل جنحة تكون عقوبتها الحبس٠

أما في حال اعتبار المرأة شريكة للطبيب، فإنها تعاقب بعقوبة الجناية إذا كانت عالمة بصفته٠ وذلك تطبيقاً لما نصت عليه المادة ٤١ عقوبات مصري أن "من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها، إلا ما استثنى قانوناً بنص خاص، ومع هذا لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة، إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال"٠

واتجه الفقه إلى اعتبار المرأة فاعلة أصلية، إذا رضيت بأن يجهضها الغير٠ الأمر الذي يترتب عليه أنه إذا مكنت طبيباً بإجهاضها فلا تعتبر شريكة له٠ فرضاؤها يعتبر من الأفعال المادية الداخلة في تكوين الجريمة، والتي تجعل من صاحبها فاعلاً أصلياً فيها٠ فضلاً عن أن نية الفاعل متوافرة لديها، إذ هي صاحبة المصلحة الأساسية في جريمة الإجهاض٠وبالتالي فلا يوقع عليها العقوبة المشددة المنصوص عليها بالمادة ٢٦٣عقوبات مصري، بل تخضع للعقوبة المنصوص عليها بالمادة ٢٦٢ عقوبات مصري٠(١)

ويُعد فاعلاً مع غيره، من يرتكب جزءاً من جريمة تتكون من عدة أفعال، فيأتي عملاً من الأعمال المكونة لها٠ وذلك كأن يقوم عدة أشخاص بضرب المرأة الحامل ضرباً مبرحاً بقصد إسقاطها، فيكون كل منهم في هذه الحالة فاعلاً أصلياً٠

ـ الفاعل المعنوي في جريمة الإجهاض٠

يسمى الفاعل للجريمة بالفاعل المعنوي، عندما يحرض فاعلاً

---

(١) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٤ ٠كذلك د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٣٥ ٠

حسن النية أو غير مسئول جنائياً مثل المجنون أو الصغير غير المميز.(1) وقد تكون الحامل نفسها هي الفاعل المعنوي في الإجهاض، كأن توهم الطبيب بأنها أجهضت، وتطلب منه أن يجري لها عملية كحت أو تنظيف واستخراج الجنين، فأجراها وترتب على فعله إجهاضها.(2)

ومع ذلك فإن المادة 39عقوبات مصري، حددت صور الفاعل، وليس من بينها صورة الفاعل المعنوي. فنصوص القانون المصري لم تتضمن فكرة الفاعل المعنوي في الجريمة.

المطلب الثاني
الشريك في جريمة الإجهاض
(المساهمة التبعية)

تمهيد:-

الشريك في الجريمة هو من يساهم في ارتكاب الجريمة، عن طريق فعل يرتبط بالفعل الإجرامي الأصلي ونتيجته برابطة سببية. فالمشرع يتطلب لمسئولية الشريك عن الجريمة، صدور ركن مادي منه مختلف عن الركن المادي للفاعل الأصلي. هذا الركن يتمثل في صور ثلاث حصرها المشرع في المادة 40 من قانون العقوبات المصري، ونتيجة إجرامية هي وقوع جريمة الفاعل الأصلي. ولا نستطيع القول بأن الشريك يُسأل عن جريمة خاصة، بل يسأل عن ذات جريمة الفاعل التي كانت نتيجة فعله. (3)

وقد حصر المشرع المصري صور الاشتراك، حيث نصت المادة 40

---

(1) د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص 801.

(2) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 315.

(3) للمزيد انظر د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص 810، كذلك د. أحمد شوقي عمرو ابو خطوة، المرجع السابق، ص 395.

عقوبات مصري على أن: يعد شريكاً في الجريمة.

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لإرتكابها.

واتجه القضاء الفرنسي إلى أنه يتعين أن يبين الحكم الذي يثبت جريمة الاشتراك في الإجهاض، الفعل الذي يشكل تحريضاً أو اتفاقاً أو مساعدة. وإلا كان هذا الحكم قاصراً في التسبيب فاسداً في الاستدلال، ومن ثم يتعين نقضه.[1])

وتطبيقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً في جريمة الإجهاض، من يقوم بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة، وذلك على النحو التالي:-

أولاً: التحريض في جريمة الإجهاض.

لم يضع المشرع المصري تعريفاً للتحريض([2]). ويمكن القول بأن التحريض عمل إيجابي ذو طبيعة مادية، فهو نشاط يؤثر في الإرادة، عن طريق الحث على ارتكاب فعل يعد جريمة قانوناً. فيقوم المحرض ببث فكرة الجريمة في نفس الجاني، سواء بخلق فكرتها لديه أو

---

1) Crim. 1 mars 1944. Bull. Crim. No 83; DA 1944; Gaz. Pal 1944.

٢) قضت محكمة النقض بأن" متى كان القانون لم يبين ما هو المراد من كلمة التحريض، فإن تقدير قيام التحريض أو عدم قيامه من الظروف التي وقع فيها يعد مسألة تتعلق بالوقائع، تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب، ويكفي أن يثبت الحكم تحقق التحريض، ولا عليه أن يبين الأركان المكونة له". نقض ٢٧ فبراير ١٩٦٨، " مجموعة احكام النقض"، س ١٩ق، ص ٢٩٠، رقم ٥٥ .

بتشجيع فكرة كانت قد وجدت لديه في الأصل.([1])

تطبيقاً لذلك فإن من يحرض امرأة حاملاً على إسقاط حملها، وذلك بحثها عليه ودفعها لإتيان فعل الإسقاط، يعد شريكاً لها. ولا يعد شريكاً في الإجهاض من اقتصر نشاطه على مجرد النصيحة، طالما أن هذه النصيحة لم ترق إلى مرتبة التحريض([2]).

ولم تتضمن نصوص القانون المصري نصاً خاصاً يتناول التحريض على الإجهاض. وفي المقابل ذهبت بعض التشريعات إلى النص صراحة على التحريض في الإجهاض، والتي من بينها نص المادة ٣١٠ عقوبات جزائري "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض، ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما، وذلك بأن:-

- ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية .
- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتبا أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.
- أو قام بدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة." فلم يكتف المشرع الجزائري بتجريم الإجهاض في صورته الأولى والثانية، وإنما جرم أيضا كل صور الدعاية والتحريض في وسائط الإجهاض لكي يقطع الطريق على من يفكر في ارتكاب هذه الجريمة ويحد من ارتكابها، ذلك لأن المجهض لن يجد بسهولة ما يحتاج إليه من مواد

---

[1]) د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٧٨ .

[2]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٥ .

وأدوات يستخدمها لإجراء الإجهاض.

بناء على ذلك فإن التحريض العلني يصلح كوسيلة من وسائل الاشتراك في جريمة الإجهاض. طالما أن جريمة الإسقاط وقعت نتيجة لهذا التحريض. فلا يشترط أن يعلم الجاني الشخص المحرض. بل يكفي أن يصل إليه الحث على هذا الفعل، وخلق التصميم لديه نتيجة ما قام به المحرض من نشاط.

ويشترط أن يكون التحريض مباشراً على ارتكاب جريمة معينة بالذات، فيلزم أن يكون المحرض قاصداً من تحريضه إسقاط المرأة الحامل. ولا يشترط في ذلك أن يقصد وقوع الجريمة فوراً، بل يكفي أن يكون هو الذي خلق فكرة الجريمة لدى الفاعل. ولا يشترط أن يكون التحريض المباشر صريحاً، بل قد يكون بطريق التلميح. فالرجل الذي يهدد عشيقته التي حملت منه سفاحاً بهجرها، في حالة إصرارها على البقاء على حملها، فقامت بإسقاط نفسها، يعد محرضاً لها على جريمة الإجهاض.([1])

ثانياً: الاتفاق في الإجهاض.

يعد الاتفاق أحد صور الاشتراك في الجريمة. وقد نصت المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري تحت بند (الاتفاقات الجنائية) على أن "يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها، ويعتبر الاتفاق جنائياً سواء أكان الغرض منه جائزاً أم لا، إذا كان ارتكاب الجنايات أو الجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه...".([2])

---

[1]) انظر د.عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٨٢٥ .

[2]) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري، والتي تجرم الاتفاق الجنائي، ونص الحكم على الآتي " لا يتصور وفقاً لأحكام الدستور أن ==

وقضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الاتفاق هو اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه ، وهذه النية أمر داخلى لا يقع تحت الحواس ولا يظهر بعلامات خارجية فمن حق القاضى أن يستدل عليه بطريق الاستنتاج والقرائن التى تتوافر لديه"٠([1])

والاتفاق على ارتكاب الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة كل من المساهمين، ولا يشترط لتوافره مضي وقت معين٠ ومن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد الاتفاق عليها مباشرة أو لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بين المساهمين هو الغاية النهائية من الجريمة٠ أي أن يكون كل منهم قصد قصد الآخر في إيقاع الجريمة المعنية، وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة٠([2])

بناء على ذلك تقع جريمة الإجهاض بالاتفاق، في حالة قيام الصيدلي بالاتفاق مع المرأة الحامل على إعطائها مواداً مجهضة وتزويدها باسمها، فيترتب على تناولها إجهاضها٠ بشرط أن تقع جريمة الإسقاط تامة، وذلك لانتفاء الشروع في الاشتراك٠ فلو أن المرأة الحامل لم تستعمل هذه المواد ولم تحدث تلك المواد الإسقاط،

== توجد جريمة في غيبة ركنها المادي ولا إقامة الدليل على توافر السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التي أحدثها بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية- وليس النوايا التي يضمرها الانسان في أعماق ذاته- تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مؤاخذاً عليه قانوناً، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجياً في صورة مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة"٠ حكم المحكمة الدستورية العليا ٢ يونيه سنة ٢٠٠١، في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية، "مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء التاسع، ص٩٨٦ ٠

[1]) نقض ٨مارس ١٩٩٥، الطعن رقم ٥٧٣٢لسنة ٦٣ق٠

[2]) نقض ٤ أكتوبر ١٩٩٩، الطعن رقم ١٧٢٧١لسنة ٦٨ق٠

فلا عقاب على الاشتراك في الإسقاط، فضلاً عن أنه لا عقاب على الشروع في الإسقاط في القانون المصري.([1])

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد بيّن واقعة الدعوى بما حاصله أنه إذ حملت المجنى عليها سفاحاً نتيجة علاقة آثمة بينها و بين المحكوم عليه الرابع، فقد اتفقا على إجهاض حملها الذى بلغ قرابة الشهر السادس ولجأ إلى المحكوم عليه الثالث لمعاونتهما فى إيجاد طبيب يقبل القيام بالإجهاض وانتهى المطاف بثلاثتهم إلى أن اتفقوا مع الطاعن، عن طريق المحكوم عليه الثانى الذى يعمل ممرضاً بعيادته، على أن يتولى إجهاض حمل المجنى عليها لقاء مبلغ معين يسلمه هذا الوسيط، ثم فى اليوم المتفق عليه قام الطاعن بمعاونة المحكوم عليه الثانى، بإسقاط المجنى عليها وأجرى لها عملية إجهاض نتج عنها موتها، وساق الحكم على ثبوت الواقعة فى حق الطاعن - و المحكوم عليهم الآخرين - أدلة استمدها من اعتراف المحكوم عليه الرابع و إقرار المحكوم عليهما الثانى و الثالث، وإقرار الطاعن بدخول المجنى عليها عيادته منذ . . . . . و بقائها حتى وافتها المنية فى . . ، ومما أسفرت عنه تحريات الشرطة وما تضمنه التقريران الطبيان الشرعيان المؤرخان . . . . . و . . . . . وهى أدلة سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها و لم يجادل الطاعن فى أن كلاً منها يرتد إلى مورد صحيح بالأوراق".([2])

ثالثاً: الاشتراك في الإجهاض عن طريق المساعدة.

يقصد بالمساعدة تقديم العون للفاعل، سواء أتم ذلك عن طريق التجهيز أم تسهيل ارتكاب الجريمة، أم تذليل كل ما قد يعترض

---

[1]) د. غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٤٨٧ .

[2]) نقض ١٢ مايو ١٩٨٧، الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٥٧ ق، "مجموعة أحكام النقض"، ص ٦٧٧ .

طريقه من عقبات(1)٠ وقد ذكرت المادة ٤٠ عقوبات مصري ذلك صراحة بقولها "أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها"٠(2) مثال ذلك إمداد الفاعل بالتعليمات والإرشادات التي توضح كيفية إتمام جريمة الإجهاض، أو إرشاد الحامل إلى كيفية إعداد المواد المجهضة٠

ولا يشترط أن تكون هذه الأشياء منقولة، فيعد شريكاً بالمساعدة من يُعير منزله ليجري فيه الإجهاض٠ ولا يعد شريكاً من عهد بإخفاء جثة الجنين بعد الإجهاض، حيث إن الاشتراك لا يكون بأفعال لاحقة على إتمام الجريمة(3)٠ غير أنه من المقرر أن المساعدة التي تضفي على الشخص صفة الشريك، هي تلك التي لا تجري على مسرح الجريمة؛ لأن ذلك يجعل من الشخص قائماً بدور فعّال على مسرح الجريمة٠ ويعد عندئذ فاعلاً وليس شريكاً٠(4) فمن يشاهد شخصاً يعتدي على امرأة بالضرب بقصد إسقاطها، فيسارع بمناولته عصا لاستعمالها في الضرب، يعد فاعلاً في جريمة الإجهاض٠(5)

ونلاحظ أن المادة ٤١عقوبات مصري نصت على أنه "لا تأثير على

---

1) للمزيد عن الاشتراك بالمساعدة، راجع د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم" المسئولية الجنائية للشريك بالمساعدة، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤ ٠

2) قضت محكمة النقض بأن "الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك قصد الاشتراك في الجريمة، وهو عالم بها، بأن يكون لديه نية التدخل مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله، وأن يساعد في الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها مساعدة تتحقق بها وحدة الجريمة"٠ نقض ١٢ أكتوبر ١٩٨١،" مجموعة أحكام النقض"، س ٣٢ق، ص ٦٩ ٠

3) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٥ ٠

4) د. غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص٤٨٧ ٠

5) قضت محكمة النقض بأن "الأصل في القانون أن الاشتراك في الجريمة، لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفاق سابقاً على وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة أو معاصرة لها، وأن يكون وقوع الجريمة ثمرة لهذا الاشتراك، يستوي في ذلك أن يكون وقوع الجريمة وقتية أو مستمرة" نقض ١١ مايو سنة ١٩٨٨، س٣٩ق، ص ٦٩٨، رقم ١٠٤ ٠

الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل، التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال الخاصة". وبالتالي فإنه إذا كان الشريك عالماً وقت ارتكاب الإجهاض بصفة الفاعل، فإنه يسأل عن جناية إجهاض وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٣ عقوبات مصري. أما إذا لم يكن الشريك عالماً بتلك الصفة، فإنه يعاقب على الاشتراك في جنحة إجهاض، وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦١ عقوبات مصري.

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الفعل الجنائي قد تغير وصفه بالنسبة للفاعل الأصلي، بسبب ظرف خاص به، فلا يكون المتهم بالاشتراك مسئولاً على أساس وجود هذا الظرف، إلا إذا كان عالماً به، ويجب في هذه الحالة أن يثبت الحكم توافر هذا العلم".([1])

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "يعد شريكاً في الإجهاض، الشخص الذي يصطحب امرأة حاملاً، لدى من يقوم بعمليات الإجهاض، وهو عن علم بذلك".([2]) كما يعد شريكاً من يعطي امرأة حاملاً مبلغاً من النقود، من أجل تشجيعها على الموافقة على إتمام عملية الإجهاض.([3])

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "لا يعد اشتراكاً في جريمة الإجهاض، من يخفي جثة جنين في حديقة منزله، مادام أن الحكم فاسداً في الاستدلال، حيث لم يبين في حيثياته كيفية اشتراك المتهم في ارتكاب فعل الإجهاض".([4])

---

[1]) نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٤٠، الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١٠ق، " مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة"، بند ٥٩، ص ٦٤.

[2]) Cass. Crim 5 nov. 1941: S. 1942. 1. 89.

[3]) Cass. Crim. 25 févr. 1942: DA 1942.

[4]) Cass. Crim. 6 août 1945: Gaz. Pal. 1945. 2. 143; RSC 1946.

الفصل الثالث

الركن المعنوي في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

لكي توجد جريمة من الوجهة القانونية، لا يكفي أن يرتكب فعل مادي منصوص عليه في القانون، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الفعل قد ارتكب بخطأ مرتكبه. والجريمة تتكون - على ماسبق وأوضحنا- من ركن مادي لا قيام لها بدونه. ولكن التشريعات الجنائية لا تكتفي بهذا الركن المادي وحده للقول بقيام جريمة، بل يلزم أيضاً توافر الخطأ من جانب الفاعل. فلا جريمة بغير خطأ.[1]

ونلاحظ أن الركن المعنوي للجريمة عند البعض[2] يشمل كل ما ليس مادياً، أي أنه يجمع عنصري الركن المعنوي معا من علم

---

[1]) د.عبد العظيم مرسي وزير "افتراض الخطأ كأساس . .مسئوليه الجنائية، دراسة مقارنة في النظامين اللاتيني والأنجلو امريكي"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨، ص ٢٢، ٢٣ .

- وجدير بالذكر أن الركن المعنوي للجريمة، يتكون من عنصرين وهما :-

أ) الصلة النفسية بين الفاعل وعمله، وذلك من حيث اتجاه إرادة الفاعل نحو ارتكاب عمل معين، والكيفية التي اتجهت لها إرادته. وبالتالي فإذا تعمد إحداث هذا العمل، فيتحقق ما يسمى" بالقصد الجنائي"، أما إذا لم يكن قد تعمد هذا الفعل، فيتحقق ما يسمى بالخطأ غير العمدي. فهذه الصلة النفسية يطلق عليها " الإثم الجنائي"، أو الخطأ بمعناه الواسع والذي يشمل العمد والإهمال .

ب) الحالة النفسية والعقلية للجاني وقت ارتكاب الفعل الإجرامي، أي مدى تمتع الفاعل بالتمييز والقدرة على ما يأتيه من أفعال، وقدرته على فهم نتائج هذا السلوك، وهو ما يطلق عليه " الأهلية الجنائية". ويلاحظ أن الإدراك لا يقصد به فهم ماهية الفعل في نظر القانون، فالإنسان يسأل عن فعله الذي يدركه ويفهمه ويفهم نتائجه، ولو كان يجهل أن القانون يعاقب عليه.(د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٥٠ . د. مبارك النوييت ، المرجع السابق، ص ١١٦).

[2]) للمزيد راجع د.على راشد "الإرادة والعمد والخطأ وعلاقة السببية في نطاق المسئولية الجنائية"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الثامنة، يناير ١٩٦٦ .

وإرادة. ويرى البعض الآخر[1] أن فكرة الركن المعنوي، يقتصر مفهومها على مسألة الإثم الجنائي، وهو ما يشمل (القصد الجنائي والخطأ غير العمدي) وذلك دون الأهلية الجنائية. فلا توجد جريمة ما لم يكن السلوك الإجرامي صادراً عن إرادة مرتكبة، وهذا الرأي الأخير هو السائد في الفقه المصري.

وتتجه أغلب التشريعات الجنائية إلى اعتبار الإجهاض جريمة عمدية، بمعنى أن الركن المعنوي فيها يأخذ صورة القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي. وبالتالي فجريمة الإجهاض لا يأخذ فيها الركن المعنوي صورة الخطأ، مهما بلغت درجة جسامة الفعل الصادر من الجاني. وقد اتجه قانون العقوبات المصري إلى النص على ذلك صراحة في مادتيه ٢٦٠، ٢٦١ عقوبات مصري، باستعمال عبارة " كل من أسقط عمداً..." . أما في حالة إسقاط الحامل عن طريق الخطأ، فإن الجاني يخضع لجريمة الإصابة الخطأ وفقاً لنص المادة ٢٤٤ عقوبات. وفي حالة وفاة المرأة نتيجة لفعله، فإنه يخضع لتهمة القتل الخطأ وفقاً لنص المادة ٢٣٨ عقوبات مصري. وبالتالي يشترط لخضوع الفاعل لنصوص جريمة الإجهاض، أن يكون قد عمد إلى ارتكاب فعل الإسقاط.

ويشترط لتوافر القصد الجنائي وجود عنصرين، يتمثل الأول في العلم بأركان الجريمة وعناصرها كما عرفها القانون. أما الثاني فيتمثل في اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الإجهاض. إلى جانب ذلك نتعرض أيضاً إلى مدى توافر القصد الإحتمالي، والذي تتجه فيه إرادة الجاني إلى الفعل مع توقع النتيجة كأثر لفعله، ويقبل احتمال تحققها من أجل تحقيق هدفه الأصلي .

---

[1]) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٢٨ .أيضاً راجع د. محمود نجيب حسني،" القسم العام" المرجع السابق، ص ٤٢٨ .

وسوف نتعرض في المبحث الأول لفكرة القصد الجنائي، وندرس في المبحث الثاني مدى توافر القصد الإحتمالي في تلك الجريمة.

المبحث الأول: القصد الجنائي.

المبحث الثاني: القصد الاحتمالي.

المبحث الأول
القصد الجنائي

تمهيد:-

لم تضع غالبية التشريعات الجنائية تعريفاً محدداً للقصد الجنائي، الأمر الذي ينبغي معه الرجوع إلى النص التشريعي، والذي يعبر المشرع من خلاله صراحة عن تطلب توافر القصد الجنائي، وذلك لمعرفة الجرائم العمدية ٠

وقد تطلب المشرع المصري في جريمة الإجهاض شرط العمد٠ وذلك بنصه صراحة في مادتيه ٢٦١/٢٦٠ عقوبات مصري بتعبير " كل من أسقط عمداً امرأة حبلى ٠٠٠"٠.فجريمة الإجهاض جريمة عمدية، يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي٠ وبالتالي فيلزم توافر القصد الجنائي بعنصريه، وهما العلم والإرادة، فلابد لمساءلة الفاعل في جريمة الإجهاض، أن يكون عالماً بوقائع جريمته٠ وأن تتجه إرادته إلى الفعل والنتيجة، وهي إخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعية، حياً أو ميتاً ٠

وعبر المشرع عن تطلب القصد الجنائي باشتراط العلم٠ فقد نص في المادة ٢٦٢ عقوبات مصري على أن "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمه٠٠٠"٠وسوف نتعرض في هذا المبحث، لبيان تعريف القصد الجنائي وبيان طبيعته٠ كما نتعرض أيضاً للعناصر المكونة للقصد الجنائي، وذلك من خلال مطلبين:-

المطلب الأول: تعريف القصد الجنائي في الإجهاض وطبيعته ٠

المطلب الثاني: عناصر القصد الجنائي في الإجهاض ٠

المطلب الأول

تعريف القصد الجنائي في الإجهاض وطبيعته

أولاً: تعريف القصد الجنائي العام في الإجهاض.

نظراً لسكوت غالبية التشريعات الجنائية عن وضع تعريف محدد للقصد الجنائي. فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: يأخذ بنظرية الإرادة، والتي تعني اتجاه الإرادة نحو ارتكاب فعل يحظره القانون مع العلم بالنتيجة المترتبة عليه. فالقصد الجنائي عندهم يتمثل في توافر إرادة السلوك وإرادة النتيجة. أما الاتجاه الثاني: فيأخذ بنظرية العلم. ونلاحظ أن النظريتين لا تختلفان في ضرورة وجود العلم والإرادة كعنصرين للقصد الجنائي، ولكن الخلاف بينهما يكمن في الدور الذي يلعبه كل من العنصرين .(1)

---

(1) أ) نظرية العلم: يرى انصار هذه النظرية أن القصد الجنائي يتحقق بإرادة السلوك الإجرامي، أما النتيجة الإجرامية المترتبة على هذا السلوك فيكفي أن يحيط بها علم الجاني. وذلك مع توافر علمه بجميع الوقائع التي تدخل في تكوين الركن المادي للجريمة. بناء على ذلك فالجاني الذي يرتكب الفعل وهو عالم بالنتيجة المترتبة على فعله، يكون قد قصد هذه النتيجة، وذلك دون حاجة لإعتبار إرادة النتيجة من عناصر القصد الجنائي. فيرى أنصار هذه النظرية انه يكفي لقيام القصد الجنائي، أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب السلوك الإجرامي، مع توقع النتيجة الإجرامية المترتبة عليه .(د. محمد زكي ابو عامر" قانون العقوبات، القسم العام" دار الجامعات الجديدة للنشر، سنة ١٩٦٦، ص ٢٣٨، ٢٣٩ . أيضاً انظر د. عبد المهيمن بكر " القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٩، ص ٩٨).

ب) نظرية الإرادة: يتجه انصار هذه النظرية، إلى انه لكي يمكن القول بتوافر القصد الجنائي، فإن العلم وحده بالنتيجة لازم ولكنه لا يكفي، فيلزم إلى جانبه وجود إرادة النتيجة ايضاً. وهذا يعني ان يصدر عن الجاني نشاط معين، يهدف إلى تحقيق نتيجة إجرامية (1) ونلاحظ ان هذه النظرية، هي السائدة في الفقه المصري، والتي يمكن من خلالها تعريف القصد الجنائي بأنه "اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، مع العلم بأركانها وعناصرها كما يتطلبها القانون "(د. محمود نجيب حسني،"القسم العام" المرجع السابق، ==

أما فيما يتعلق بالتشريعات العقابية، فقد نص قانون الجزاء الكويتي عى الأخذ بنظرية الإرادة. وذلك بنصه في المادة٤١ جزاء كويتي على أن" يعد القصد الجنائي متوافراً، إذا ثبت اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، وإلى إحداث النتيجة التي يعاقب عليها القانون في هذه الجريمة ".

كما اتجه قانون العقوبات الفرنسي في المادة (١٢١- ٣) عقوبات فرنسي، إلى تحديد صور الركن المعنوي للجريمة، وذلك بقوله "لا جريمة ولا جنحة بدون توافر قصد ارتكابها" .(١)

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن "الركن المعنوي للجريمة يقوم بقيام القصد الجنائي، ويعد القصد الجنائي متوافرا إذا ثبت اتجاه إرادة الفاعل، إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، وإلى إحداث النتيجة التي يعاقب القانون عليها في هذه الجريمة".(٢)

كما تأخذ الشريعة الإسلامية، باشتراط الإرادة لتوافر القصد الجنائي. فقد روي الإمام أحمد في مسنده، أن أبا هريرة رضي الله عنه قال " قتل رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرفعه إلى ولي الأمر، فقال القاتل يارسول الله، ما أردت قتله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، أما أنه إذا كان صادقاً ثم قتلته دخلت النار، فخلي الولي سبيله"(٣).

ثانياً: مدى تطلب القصد الجنائي الخاص في الإجهاض.

== ص ٥٦٠ . كذلك د. رءوف عبيد " مبادئ القسم العام من التشريع العقابي"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٧٩، ص ٢٧٩ . انظر كذلك د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٣٦).

[1]) Code pénal. Article 121-3. “Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre”.

[2]) تمييز ١٢ إبريل ١٩٧٦، طعن رقم ٤- ١٩٧٣ جزائي .

[3]) انظر ابن القيم "زاد المعاد"، طبعة المطبعة المصرية، الجزء الثالث، ص ٢٠٠ .

جريمة الإجهاض جريمة عمدية، يتمثل ركنها المعنوي في صورة القصد الجرمي، بما يتطلبه هذا القصد من توافر عنصري العلم والإرادة. إلا أنه يلاحظ اختلاف الفقه حول طبيعة القصد الجنائي وذلك إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول: اتجه بعض الفقه الجنائي[1] إلى أن القصد المتطلب في جريمة الإجهاض هو القصد الجنائي الخاص.[2] فلا يكفي أن يتوافر القصد العام بعنصريه العلم والإرادة لدى الجاني، بل لابد من توافر الغاية البعيدة وهو القصد الخاص. والذي يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق نتيجة معينة من سلوكه، وهي إخراج الجنين ميتاً أو حياً قبل موعد ولادته الطبيعية. فهذا الرأي يرى أن الجاني

---

[1]) د. رءوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٩ . انظر كذلك د.حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٦٣٨ .

[2]) القصد الجنائي الخاص، هو الذي يتضمن عنصري القصد العام وهما (العلم والإرادة) المتجهين إلى ارتكاب الجريمة، ثم يضاف إليهما الغاية أو الباعث المنصوص عليهما قانوناً. ففي أحيان قليلة لا يكتفي المشرع بأن تتجه إرادة الجاني نحو الغرض القريب، بل يتطلب المشرع أحياناً لقيام بعض الجرائم، أن يكون ارتكابها لغاية معينة، وهو ما يسميه بالباعث الخاص. وفي هذه الأحوال تدخل الغاية (الغرض البعيد) ضمن عناصر القصد الجنائي، فيتخذ الركن المعنوي صورة القصد الجنائي الخاص .(للمزيد راجع د. احمد شوقي عمرو ابو خطوة، المرجع السابق، ص ٣١٦).

- وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأن " جناية القتل العمد تتميز قانوناً عن غيرها من جرائم التعدي على النفس، بعنصر خاص هو ان يقصد الجاني من ارتكابه الفعل الجنائي إزهاق روح المجني عليه، وكان هذا العنصر ذا طابع خاص يختلف عن القصد الجنائي العام، الذي يتطلبه القانون في سائر تلك الجرائم، وهو بطبيعته أمر يبطنه الجاني ويضمره في نفسه، فإن الحكم الذي يقضي بإدانة متهم في هذه الجناية، يجب أن يعنى بالتحدث عن هذا الركن استقلالاً، واستظهاره بإيراد الأدلة التي تدل عليه وتكشف عنه".(نقض ٧ مارس ١٩٩٣، طعن رقم ١١٤٩٣ لسنة ٦١ ق" المجموعة العشرية الجنائية من أول يناير سنة ١٩٩١ لغاية ٣١ ديسمبر سنة ٢٠٠١" ص ٨٨٢).

قد يقوم بضرب المرأة الحامل وهو يعلم بحملها، ويعلم أن الضرب قد يؤثر على حملها، إلا أنه لا يرغب في إسقاطها، وبالتالي لا يتوافر القصد الخاص المنصب على إسقاط الحمل. وبالتالي لا يعد مرتكبا لجريمة الإجهاض.

الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه- ونحن نوافقهم في ذلك- إلى أن جريمة الإجهاض لا تتطلب قصداً خاصاً. فيكفي فيها توافر القصد العام لدى الجاني بعنصريه العلم والإرادة. ويكفي أن يعلم الجاني أن المرأة حامل وأن من شأن فعله أن يؤدي إلى إسقاطها، وتتجه إرادته إلى إحداث هذا الفعل وتقبل نتيجته. فالنتيجة الإجرامية في الإجهاض واحدة، والتي تتمثل في إسقاط الحمل حياً أو ميتاً. فاتجاه الإرادة إليها يعد اتجاه إلى أحد عناصر الركن المادي المكون لجريمة الإجهاض. ومن ثم لا يتطلب سوى توافر القصد العام.[1]

فيتجه أنصار هذا الرأي إلى أن الباعث على الجريمة، وفقاً للمبادئ العامة ليس ركناً من أركانها، أو عنصراً من عناصرها. وبالتالي فلا أثر له من الناحية القانونية في الجريمة، فمتى توافر القصد الجنائي - على ما سبق بيانه- والذي يشتمل على عنصري العلم والإرادة. ولا أهمية بعد ذلك لوجود الباعث، إلا في الحالات التي يتوقف عليها تقدير العقوبة التي يحكم بها القاضي وفقاً لسلطته التقديرية، وفي حدود ما يسمح به القانون.[2]

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق" ص ٣١٥ . كذلك د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٨ . انظر أيضاً د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٨٨ .

[2]) راجع د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٨٨ . انظر كذلك د. أحمد لطفي السيد، د.أحمد فاروق زاهر"شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، طبعة الكتاب الجامعي، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢٥ .

المطلب الثاني
عناصر القصد الجنائي في الإجهاض

تمهيد:-

القصد الجنائي - وفقاً لما سبق بيانه- هو اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم باركانها وعناصرها كما يتطلب القانون. بناء على ذلك فإن القصد الجنائي يتكون من عنصرين. يتمثل الأول: في العلم بعناصر الواقعة الإجرامية، أما الثاني: فيتمثل في إرادة النشاط والنتيجة الإجرامية. وهو ما سيتم بيانه على النحو التالي :-

الفرع الأول : العلم بعناصر جريمة الإجهاض .

الفرع الثاني: إرادة النشاط والنتيجة الإجرامية .

الفرع الأول
العلم بعناصر جريمة الإجهاض

تمهيد:-

أورد المشرع المصري نصاً خاصاً ضمن نصوص الإجهاض، وذلك في مادته٢٦٢ عقوبات يقتضي ضرورة توافر العلم. غير أن المشرع المصري لم يضع نصاً محدداً يحدد فيه المسائل التي يتعين أن يعلم بها الجاني، حتى يمكن القول بتوافر القصد الجنائي في حقه. لذلك اتجه الفقه الجنائي إلى تحديد نطاق العلم في القصد الجنائي، بأنه يشتمل على العلم بكل الوقائع التي يترتب على توافرها قيام الجريمة. فإذا كان الجاني جاهلاً بالوقائع المادية للجريمة، أو وقع في غلط في عنصر من عناصرها الواقعية والجوهرية، فإنه بذلك لا يتوافر في حقه القصد الجنائي.(١)

---

١) د. نجيب محمود حسني، المرجع السابق، ص ٥٨٩ . كذلك انظر د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص٤٧٠ .انظر كذلك د.أحمد شوقي عمرو ابو خطوة، المرجع السابق،ص ٢٩٢

أولاً : العلم بعناصر الواقعة الإجرامية.

يقصد بالعلم بعناصر الواقعة الإجرامية، أن يعلم المتهم الركن المادي للجريمة، والعناصر الموضوعية المرتبطة به.[1] فيلزم أن ينصرف علم الجاني بالواقعة المكونة لنشاطه الإجرامي. وأن يتوقع النتيجة المترتبة على هذا النشاط، وتوافر علاقة السببية بين سلوكه الإجرامي والنتيجة المترتبة كأثر مباشر لفعله.وبالتالي يجب أن يعلم الجاني أن إعطاءه مواداً مجهضة للمرأة الحامل بقصد إجهاضها، سوف يترتب عليه إجهاضها وإخراج الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية، سواء أكان حياً أم ميتاً. كما يعلم بتوافر علاقة السببية بأن إخراج الجنين كان نتيجة سلوكه الإجرامي.

ويدخل ضمن العناصر المكونة للجريمة، أن يعلم الجاني بأن فعله يعد عدواناً على الحق الذي يحميه القانون. ونلاحظ أن المصلحة التي أرادها المشرع من تجريمه لجريمة الإجهاض، هو حماية حق المرأة في الإنجاب. وكذلك حماية حق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية. وإلى جانب ذلك حق المجتمع في التكاثر والنماء. وبالتالي فيلزم أن يعلم الجاني بأن ارتكابه سلوكه الإجرامي، والمترتب عليه إسقاط المرأة، يعد اعتداء على حقها في الإنجاب، وحق جنينها في الحياة. لذلك إذا انتهى لديه هذا العلم انتفى القصد الجنائي لديه.

ثانياً: العلم بالنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية.

يلزم أن يحاط علم الجاني بأن النتيجة المعاقب عليها قانوناً، سوف تترتب على سلوكه كأثر مباشر لفعله. ونلاحظ أن النتيجة تأخذ صورة التوقع[2]، وهذا التوقع ضروري، فإذا لم يتوقع الجاني أن

---

[1]) د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٧٠ .

[2]) نفس المرجع السابق، ص ٤٧٤ .

خروج الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية، سوف يترتب نتيجة سلوكه الإجرامي، فإن القصد الجنائي لا يقوم لديه . مثال ذلك: من يعطي للمرأة الحامل مواداً يعتقد أنها مثبتة للحمل ومقوية للحامل، وأنها لا تضر بالجنين، فإن وقوع الإجهاض نتيجة هذه المواد، لا يسأل عنه .أيضاً لا يتوافر القصد لدى من أعطى امرأة حاملاً مادة لتستعملها كدهان جلدي، ولم يكن متوقعاً أنها سوف تتناولها بالفم، ولكن ترتب على ذلك إجهاضها .([1])وكذلك من يحرض امراة على ممارسة رياضة الجري، أو ركوب الخيل، دون علمه أن هذا الفعل سوف يترتب عليه إسقاطها .

كما يلزم أن يعلم الجاني بتوافر علاقة السببية، وذلك بأن يتوقع كيفية حدوث النتيجة الإجرامية كأثر لفعله. فالجاني حين يتوقع النتيجة الإجرامية، فهو يتوقع في ذات الوقت كيفية حدوثه. تطبيقاً لذلك: فالجاني يتوافر لديه القصد الجنائي في حالة علمه بأن إسقاط المرأة وإخراج جنينها قبل موعد ولادته الطبيعية، كان نتيجة ضربه المرأة ضرباً مبرحاً بقصد إجهاضها .

ثالثاً: العلم بتوافر الشرط المسبق للإجهاض (وجود الحمل).

الشرط المسبق في جريمة الإسقاط هو شرط وجود الحمل. فيشترط وجود امرأة حامل؛ ذلك لأن محل الاعتداء في هذه الجريمة هو الحمل، وهو ما يطلق عليه "الجنين مستكناً في الرحم" والذي يتم طرده أو إخراجه خارج الرحم بفعل الإسقاط قبل موعد ولادته الطبيعية. فقبل بداية الحمل لا يمكن القول بوجود حماية جنائية؛ ذلك لعدم وجود جنين، وبعد نهاية الحمل يصبح إنساناً تحميه النصوص الجنائية التي تحمي الأشخاص .

وبالتالي فالشرط المسبق عنصر من عناصر الجريمة، وإن لم يكن

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٦ .

من الركن المادي لها، إلا أنه ضروري ولازم لقيام الجريمة، وسابق على ارتكابها، ويستمر في وجوده أثناء ارتكاب الفعل الإجرامي، وبالتالي يلزم أن ينصرف علم الجاني بها٠ ومن ثم فلا تقوم جريمة الإجهاض بالنسبة للمرأة التي تجهض نفسها، إلا إذا كانت عالمة بأنها حامل٠

ويشترط أن يعلم الجاني أن المرأة حامل وقت ارتكابه للفعل، فإذا كان جاهلاً أنها حامل وقت الفعل، ثم علم بعد ارتكابه السلوك الإجرامي، فلا يتوافر لديه القصد الجنائي ٠ تطبيقاً لذلك "إذا دفع المتهم المجني عليها وهي حبلى، فسقطت من منور إلى أسفل الدار، فتسبب عن ذلك إجهاضها من غير أن يتعمد المتهم تلك النتيجة، كانت الواقعة ضرباً"٠([1])

كما قضي بأنه "يجب قانوناً لصحة الحكم بالإدانة في جريمة الإسقاط العمدي، أن تبين فيه وجود جنين حي- حمل- وفعل الإسقاط العمدي دون ضرورة، ويقصد بالإسقاط فعل من شأنه موت الجنين أو إنزاله قبل الميعاد الطبيعي لولادته، وأن يبين علاقة السببية بين فعل الإسقاط وبين موت الجنين أو نزوله قبل الميعاد الطبيعي، بما يفيد أن الموت أو نزول الجنين كان نتيجة لفعل الإسقاط، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى إدانة الطاعن استناداً إلى أقوال ٠٠٠و٠٠٠٠ والطبيب الشرعي وتقرير الصفة التشريحية والمعاينة والصور المضبوطة، وكان ما أورده الحكم منها لا يستدل منه على أن الأجنة كانت حية قبل إسقاطها، كما أن التقرير الطبي الشرعي لم يخلص إلى ذلك، ولم تجر المحكمة التحقيق اللازم في هذا الشأن وصولاً إلى توافر هذا الأمر، باعتباره ركناً من أركان الجريمة، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد بين واقعة الدعوى بياناً تتحقق به

---

[1]) قاضي إحالة طنطا في ٥ يوليه سنة ١٩٠٨، المجموعة الرسمية س ٩ ص ٣٠٣ ٠ (مشار إليه د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٦)٠

أركان جريمة الإسقاط العمدي التي دان الطاعن بها، بما يعيبه بالقصور في التسبيب ويوجب نقضه"(1)٠

رابعاً: العلم بالظروف المشددة التي تغير وصف الجريمة٠

ظروف الجريمة ليست ركناً من أركانها، وبالتالي لا يشترط لتوافر القصد الجنائي أن يعلم الجاني بها٠ إلا أن المشرع قد ينص على ظرف مشدد يغير وصف الجريمة من جنحة إلى جناية، فيعد بالتالي ركناً في الجريمة وليس ظرفاً مشدداً٠(2) وبالتالي يلزم لمحاسبة الجاني عنها، أن يكون عالماً بها ٠

وقد نصت المادة ٤١ من قانون العقوبات الإماراتي على أنه "إذا جهل الجاني وجود ظرف مشدد يغير من وصف الجريمة، فلا يسأل عنه، ولكنه يستفيد من العذر ولو كان يجهل وجوده"٠

أما قانون العقوبات المصري فقد نص في مادته ٢٦٠على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة"٠ وهذه الصورة ما عبرنا عنها - فيما سبق- بإجهاض الغير للحامل عن طريق العنف٠

وتتحقق هذه الصورة عندما يصدر الفعل من شخص آخر غير المرأة الحامل، مع استعماله لوسيلة معينة حددها الشارع بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء٠ فيقوم الظرف المشدد على استعمال العنف في الإجهاض مع افتراض عدم رضاء الحامل به٠ وترجع علة تشديد العقاب إلى أن الاعتداء لا يقتصر على حياة الجنين، وإنما ينال كذلك حق الحامل في سلامة جسمها٠

ويبرر ذلك أن الظرف المشدد الذي يغير من وصف الجريمة، إنما

---

(1) نقض ٢٠٠٤/٢/١٩، طعن رقم ٢١٨٣٧ لسنة ٧٣ق، مجلة المحاماة، العدد الرابع، طبعة ٢٠٠٤، ٢٠٠٥ ص ٣٩٥، ٣٩٦ ٠

(2) د. أحمد شوقي عمرو أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٢٩٥ ٠

ينشئ جريمة تتميز بعناصرها عن الجريمة في حالتها الأولى. فاستعمال العنف وقت إسقاط الحامل ظرف مشدد يغير وصف الإجهاض من جنحة إلى جناية.

وقد عبر المشرع عن العنف الذي يقوم به الظرف المشدد بقوله "ضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء" ولفظ "ضرب" يكشف عن فهم الشارع للعنف، فقد سبق أن استعمله في الدلالة على إحدى صور الاعتداء على سلامة الجسم، ويفترض هذا العنف المساس بسلامة جسم الحامل، ولا يشترط أن يكون جسيماً، بل يكفي أن يكون مجرد تعد أو إيذاء.(1)

ترتيباً على ذلك - وكما سبق وأوضحنا- فإن إجهاض الغير للحامل عن طريق استعمال العنف أو التهديد به، يعني إنهاء حالة الحمل دون رضاء المرأة، ويلزم لتشديد العقاب وتوافر الشرط المشدد - وهو العنف- إنعدام إرادة المرأة الحامل، كما يتحقق العنف بالإكراه، سواء أكان إكراهاً مادياً، وهو الذي يأخذ جميع أفعال القوة والعنف الذي يقع على جسم المرأة الحامل كالضرب أو الدفع أو الركل أو الإلقاء من مكان مرتفع، أم كان إكراهاً معنوياً ومن أمثلته تهديد المرأة الحامل بأن أذى سيلحق بها أو بشخص عزيز عليها، إن لم تقبل الإجهاض وتخضع له، وذلك لأن الرضا الصادر من المرأة يعتبر مشوباً بعيب الإكراه الذي تفسد معه الإرادة .

كما نصت المادة ٢٦٣ من قانون العقوبات المصري على أنه "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يحكم عليه بالسجن المشدد".

ويفترض هذا الظرف المشدد توافر جريمة إجهاض الغير للحامل في صورتها البسيطة، بالإضافة إلى كون المتهم شخصاً غير الحامل

---

(1) راجع في ذلك د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٢ .

التي يراد إجهاضها، وأن تتوافر فيه صفة معينة حددها الشارع على سبيل الحصر، وهي أن يكون المجهض طبيباً أو صيدلياً أو جراحاً أو قابلة، وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن تمتد هذه الصفة إلى غيرهم، سواء بالقياس أم بالتوسع في تفسير النص، ويعد هذا الظرف من الظروف الشخصية البحتة، والتي تغير وصف جريمة الإجهاض من جنحة إلى جناية، فيتأثر به شركاء الفاعل إن علموا بالصفة وقت ارتكاب الفعل الذي تحقق الإشتراك به، ولكن لا يتأثر به الفاعلون معه.(١)

الفرع الثاني

إرادة النشاط والنتيجة الإجرامية

يعد اتجاه الإرادة إلى إحداث النتيجة الإجرامية، العنصر الثاني في القصد الجنائي، وهو ما يميز الجريمة العمدية، أما ما يميز الجريمة غير العمدية، فهو أن الغرض أو النتيجة التي اتجه إليها السلوك الإرادي في الجريمة، لم يكن غرضاً إجرامياً، أي لم تمثل اعتداء على مصلحة أو حق يحميه القانون، بل كان غرضاً مشروعاً ولكن وقع الإعتداء على المصلحة دون أن تتجه إرادة الجاني إلى تحقيقه، وبناء عليه فإن العمد ينطوي على السعي لبلوغ غاية محددة، هي النتيجة الإجرامية التي حددها نص التجريم.

بناء على ذلك يتعين لتوافر القصد الجنائي في الإجهاض، أن تتجه إرادة المتهم إلى فعل الإسقاط وإلى قتل الجنين أو إخراجه من رحم أمه قبل الموعد الطبيعي لولادته، فإذا قام الجاني بضرب المرأة الحامل، وهو يعلم بحملها، ولكنه لا يقصد إلا مجرد إيلامها في جسدها دون إجهاضها، فلا يتوافر القصد الجنائي في حقه، كما لا يسأل عن جريمة الإجهاض من يسقط على امرأة حامل، فيتسبب في ذلك بإجهاضها.

---

(١) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

وقد قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان مؤدى ما حصله الحكم، أن الطاعن بعد أن وقع الكشف الطبي على المجني عليها، وتبين حملها، عمد إلى إجراء عملية تفريغ رحمها، فإن في ذلك ما يكفي لبيان تعمده إنهاء الحمل قبل الأوان، وهو ما يتحقق به الركن المعنوي في جريمة الإسقاط التي دان بارتكابه. ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد يكون غير سديد"[1]

ومن هنا يثار البحث والتساؤل حول مدى إمكانية مساءلة الشخص المعنوي عن جرائم الإجهاض، في حين أن المسئولية الجنائية تقوم على الإرادة والإدراك وهما ما لا يتوافران في الشخص المعنوي.

يقصد بالشخص المعنوي تجمع من الأشخاص أو الأموال والتمتع بالشخصية القانونية، فلهذا التجمع حقوق ويقع عليه التزامات. وتتصور جريمة الشخص المعنوي، بوقوع الجريمة من شخص طبيعي هو من أعضاء الشخص المعنوي أو ممثليه، فيرتكب هذه الجريمة لحساب هذا الشخص المعنوي. قد يتمثل هذا الشخص في المستشفي التي يجرى فيها عمليات الإجهاض غير المشروعة- سواء كانت خاصة أم عامة- وكذلك قد تتمثل في الصيدلية والمحال التي تروج وتباع فيها المواد المجهضة.

ونجد أن قانون العقوبات المصري لم يأخذ كمبدأ عام بالمسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية؛ وذلك لعدم توافر أهليته الجنائية. فهذه المسئولية لا تتوافر في القانون المصري إلا بصفة استثنائية وبناء على نص خاص. وبمراجعة هذه النصوص وجدنا أنها خالية تماماً من النص صراحة على مسئولية الشخص المعنوي في حال ارتكاب جرائم الإجهاض لحسابه.

---

[1]) نقض ١٦ نوفمبر ٢٠٠٠، الطعن رقم ٥٦٩٩ لسنة ٦٢ ق. أحكام النقض المدنية والجنائية لعام ٢٠٠١.

على خلاف ذلك، فقد اتجه قانون العقوبات السوري إلى النص صراحة ضمن النصوص الخاصة بالإجهاض، في الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٢ عقوبات سوري على أنه" يمكن الحكم أيضاً بإقفال المحل". وبالتالي فقد قرر قانون العقوبات السوري عقوبة خاصة قد توقع على الشخص المعنوي المتمثل في المحل. وقد يكون هذا المحل متمثلاً في صيدلية يباع فيها المواد المؤدية للإجهاض، وقد يكون المحل مشفى عام أو خاص تجرى فيها عمليات الإجهاض، وقد يكون مكاناً خاصاً بخلاف المشفى أو الصيدلية تجرى فيه هذه العمليات.

وكان قانون العقوبات السوري قد نص صراحة في المادة ٢٠٩ عقوبات سوري بأنه "١- لا يحكم على أحد بعقوبة، ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة. ٢. إن الهيئات الاعتبارية مسئولة جزائياً عن أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وممثليها وعمالها عندما يأتون هذه الأعمال باسم الهيئات المذكورة أو بإحدى وسائلها. ٣. ولكن لا يمكن الحكم عليها إلا بالغرامة والمصادرة ونشر الحكم. وإذا كان القانون ينص على عقوبة أصلية غير الغرامة، أبدلت الغرامة من العقوبة المذكورة وأنزلت بالهيئة الاعتبارية في الحدود المعينة في المواد الـ ٥٣ و٦٠ و ٦٣" . وهذا يعني أن جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات السوري، يمكن أن تستند إلى الشخص المعنوي، إذا تحقق العمل باسم الهيئة أو بإحدى وسائلها.

أما قانون العقوبات الفرنسي فقد نصت المادة (٢٢٦/٤)عقوبات فرنسي على أنه "يُسأل الشخص المعنوي جنائياً بالشروط الواردة في المادة١٢١/٢، وذلك عن الجرائم المشار إليها في هذا الفصل، ويحكم عليه بالغرامة وفقاً لأحكام المادة١٣١/٣٨ عقوبات، وكذلك العقوبات الواردة في المادة ١٣١/٣٩ من الفقرة الثانية وحتى الخامسة ومن السابعة وحتى التاسعة. ويرد الحظر المشار إليه في المادة١٣١/٣٩ على

النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة القيام به".(١)

وتتمثل شروط إعمال هذه المادة وفقاً للمادة (٢/١٢١)عقوبات فرنسي في "مسئولية الأشخاص المعنوية جنائياً عن الجرائم التي تقع لحسابها، وذلك من جانب أجهزتها التابعة لها أو ممثليها، كما أن مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً لا يستبعد مسئولية الأشخاص الطبيعية كفاعلين أو شركاء للجرائم".)٢(وعلى ذلك قد تجتمع مسئولية الشخص المعنوي المتمثل في المستشفى- عام أو خاص- إلى جانب مسئولية الطبيب التابع لها.(٣)

---

1) Code pénal. Article 226-24. "Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2° à 5° et 7° à 9° de l'article 131-39L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise".

2) Code pénal. Article 121-2."Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

3) Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire". De Boeck Secundair, 2005. P, 36.

ترتيباً على ذلك تُسأل الأشخاص المعنوية جنائياً وفقاً لنصوص قانون العقوبات الفرنسي. متى ارتكبت جناية أو جنحة عن قصد لحساب الاشخاص المعنوية، وذلك من جانب الأجهزة التابعة لها وممثليها. ومن ثم تُسأل المستشفى العام أو الخاص عن جرائم الإجهاض الواقعة بها متى تمت عن قصد ولحسابها. وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية والتي تؤكد مسئولية الشخص المعنوي.([1]) بل يعتبر القضاء الفرنسي المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، كما لو وقعت جريمة قتل خطأ بسبب وفاة أحد العاملين في أماكن العمل التابعة لإحدى الشركات بسبب عيوب في نظام الأمن والسلامة.([2])

أما عن الحالة التي يرتكب فيها الطبيب جرائم الإجهاض عن قصد، مع عدم علم المستشفى التابع لها الطبيب بإجراء تلك العمليات فيها. فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تطبيق فكرة الخطأ المنفصل، وبناء عليه يُسأل الطبيب جنائياً ومدنياً عن فعله دون أن تُسأل المستشفى التابع لها الطبيب.([3]) فتكون مسئولية الطبيب هي مسئولية شخصية.([4])

ونحن نرى قصوراً من جانب المشرع المصري فيما يتعلق بهذه الحالة، ونرى ضرورة النص على وجود عقاب على الشخص المعنوي المتمثل في المنشأة أو المستشفيات التي تجرى فيها عمليات الإجهاض غير المشروعة. فقد كثرت هذه المنشآت في مجتماعتنا الحديثة،

---

1) Cass. Crim. 25 Juin 2008, Bull. Crim Juin 2008, no 167.

2) Cass. Crim. 2 Mars 2010, Bull. Crim mars 2010, no 44 .

3) Cass. Crim. 14 mai 2008, B.C. 199, P. 535.

4) Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire". ibid, 2005. P, 35.

الأمر الذي يزيد من خطورتها، بل إن هذه المنشأت قد تقوم بإجراء تلك العمليات في السر، ودون رقيب عليها، ودون أدنى مسئولية، الأمر الذي يتعين معه ضرورة التفات الشارع إليها، وضرورة النص على إخضاع جرائم قانون العقوبات المصري لتلك المسئولية،

المبحث الثاني
القصد الاحتمالي

أولاً: مفهوم القصد الاحتمالي

يقصد بالقصد الاحتمالي، أن تتجه إرادة الجاني إلى الفعل مع توقع النتيجة كأثر لفعله، وقبول احتمال تحققها من أجل تحقيق هدفه الأصلي.([1])

وقدنصت المادة٥٤٢ من قانون العقوبات اللبناني صراحة على أنه "إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة، عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة من أربع إلى سبع سنوات".

كما عرفت محكمة النقض القصد الإحتمالي بأنه "نية ثانوية تختلج بها نفس الجاني الذي يتوقع أنه قد يتعدى فعله الغرض المنوي عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه من قبل أصلاً، فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود، ومظنه وجود تلك النية هي استواء حصول هذه النتيجة وعدم حصولها لديه، والمراد بوضع تعريف على هذا الوجه. أن يعلم أنه لابد من وجود النية على كل حال، وأن يكون جامعاً لكل الصور التي تشتملها النية، مانعاً من دخول صور أخرى لا نية فيها، داعياً إلى الإحتراس من الخلط بين العمد والخطأ. والضابط التالي الذي يعرف به وجود القصد الاحتمالي أو ارتفاعه، هو وضع السؤال التالي والإجابة عليه: هل كان الجاني عند ارتكاب فعلته المقصودة بالذات مريداً تنفيذها ولو تعدى فعله غرضه إلى الأمر الإجرامي الآخر الذي وقع فعلاً، ولم يكن مقصوداً له في الأصل أم لا، فإذا كان الجواب (نعم) فهنالك يتحقق وجود القصد الإحتمالي. أما إذا كان (لا) فهناك لا يكون في الأمر

---

[1]) للمزيد انظر د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨.

سوى خطأ يعاقب عليه أو لا يعاقب عليه، بحسب توافر شروط جرائم الخطأ أو تعدم توافرها".([1])

ثانياً: موقف الفقه والقانون من القصد الاحتمالي.

اتجه الرأي السائد في الفقه المصري والفرنسي، إلى أنه لا يعتد بالقصد الاحتمالي في الإجهاض، وذلك في حالة ما إذا لم يتوقع المتهم الإجهاض، ولم يرده تبعاً لذلك ([2]). وعلى ذلك فمن يضرب امرأة حاملا، ويقصد من ذلك مجرد إيذائها، إلا أنه ترتب على فعله إسقاطها، فإذا لم يرد إسقاطها فلا يسأل عن الإجهاض.وقد برر رأي في الفقه هذا الاتجاه([3])، بأن الجاني لم يتوافر لديه القصد الجنائي في أي من صوره. ذلك أن القصد يتطلب في كل حالاته توقع النتيجة واتجاه الإرادة إليها. ولا تقوم المسئولية العمدية عن نتيجة لم يقصدها الجاني، أي لم تتجه إليها إرادته تبعاً لذلك، ما لم يرد نص خاص يقرر ذلك. ولا وجود لهذا النص في جرائم الإجهاض المنصوص عليها بقانون العقوبات المصري .

ونرى أنه متى توافر القصد الجنائي بمعناه الصحيح- والذي تتجه فيه إرادة الجاني إلى الفعل مع توقع النتيجة كأثر لفعله، وقبول احتمال تحققها من أجل تحقيق هدفه الأصلي- فإن جريمة الإجهاض تقوم به. وذلك طالما أن الجاني توقع النتيجة كأثر ممكن لفعله ثم قبل بها، وأكمل نشاطه. ومن ثم يتوافر القصد الجنائي لدى الحامل التي تزاول رياضة عنيفة أو تتعاطى مواد مخدرة، وتكون متوقعة إمكانية أن يتسبب ذلك في إجهاضها، ومع ذلك تمضي في فعلها، الأمر الذي يترتب عليه إسقاطها .

---

[1]) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠، مجلة المحاماه، س ١١، رقم ٤٢١، ص ٨٠٨ .

[2]) راجع د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٧ .كذلك انظر د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٩٩ .

[3]) د. محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٣١٧ .

الباب الثالث
المسئولية الجنائية عن جرائم الإجهاض

تمهيد:ـ

عندما ينتهي النشاط الإجرامي للجاني، وتتحقق النتيجة الإجرامية في الإجهاض، وهي إنهاء الحمل عمداً قبل الأوان، والذي يتم بإنزال الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية حياً أو ميتاً، فإن ذلك يستوجب إنزال المسئولية الجنائية على الجاني، سواء أكان الفاعل المرأة الحامل نفسها، أم شخصاً آخر غير المرأة ،

ويقصد بالمسئولية الجنائية، الالتزام بتحمل العقوبة التي قررها قانون العقوبات للجريمة، نتيجة الفعل الذي ارتكبه الجاني ونتج عنه الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون ، فقانون العقوبات يسوده مبدأ أساسي وهام، وهو أن الإنسان لا يُسأل إلا عن عمله الشخصي، كما يسوده أيضاً مبدأ الشرعية الجنائية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في قضائها بأنه "من المقرر في التشريعات الجنائية الحديثة، أن الإنسان لا يسأل بصفته فاعلاً أو شريكاً، إلا عما يكون لنشاطه دخل في وقوعه، من الأعمال التي نص القانون على تجريمها، سواء كان ذلك بالقيام بالفعل أو الامتناع الذي يجرمه القانون، ولا مجال للمسئولية المفترضة في العقاب، إلا استثناء وفي الحدود التي نص عليها القانون"،(١)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "تفترض شخصية العقوبة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ شخصية المسئولية الجنائية وبما يؤكد تلازمها، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن الجريمة ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً

---

(١) نقض ٤ نوفمبر ١٩٩٨، مجموعة أحكام النقض، س ٤٩، ص١١٩٩ ،

فيها".([1])

غير أنه قد لا يتم توقيع العقاب، ولا يتم إخضاع الجاني لتلك المسئولية، وذلك إما في حالات الإباحة والتي منها القيام بعملية الإجهاض لأسباب علاجية، أو الإجهاض في حالة الجنين المشوه. وإما في حالة موانع المسئولية الجنائية، كما في حالة إكراه المرأة على توقيع فعل الإجهاض تحت تهديد السلاح .

وتختلف موانع المسئولية اختلافاً واضحاً عن أسباب الإباحة؛ فكلاهما يتفق مع الآخر في أثر منع توقيع العقاب. غير أنهما يختلفان في أن أسباب الإباحة تبيح الفعل ذاته، فيستفيد منها كل من ساهم في إحداث الفعل. وذلك كالطبيب الذي يقوم بعملية إجهاض لامرأة حامل بسبب إصابتها بتسمم الحمل، والذي يهدد حياتها بالخطر، استعمالاً لحق يقرره القانون وهو الحق في ممارسة الأعمال الطبية. ففي هذه الحالة يكون الإجهاض مباحاً، وترتفع عنه الصفة الإجرامية. أما موانع المسئولية فإنها لا ترفع عن الفعل الصفة الإجرامية، فهي تمنع مسئولية الجاني فقط. ولكن لا تنفي ارتكابه للفعل، وذلك كمن تجهض نفسها نتيجة تعرضها لاغتصاب.

ويظهر الاختلاف أيضاً فيما يتعلق بالمساهمة الجنائية، حيث أنه في حالة توافر سبب من أسباب الإباحة، يستفيد منه كل من ساهم في الفعل. أما في حالة توافر مانع من موانع المسئولية، فلا يستفيد منها إلا من توافرت فيه. وسوف نتعرض في هذا الباب لبيان أسباب الإباحة وموانع المسئولية في الإجهاض، ثم بعد ذلك نتعرض لصور العقاب. بما في ذلك المساهمة الجنائية، سواء في القوانين الوضعية،

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا، ١ فبراير ١٩٩٧، قضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية، "مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا"، الجزء الثامن، ص ٢٨٦ .

أم في التشريع الإسلامي، وذلك على النحو التالي :-

الفصل الأول:- أسباب الإباحة وموانع المسئولية في الإجهاض .

الفصل الثاني:- العقاب على الإجهاض .

الفصل الأول
أسباب الإباحة وموانع المسئولية في الإجهاض

تمهيد:-

الأصل في الأشياء الإباحة - وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية- إلا أن المشرع قد يصدر نصاً تشريعياً يجرم به فعلاً ما، فيحدد أركان الجريمة(مادي ومعنوي)، ويحدد عقوبتها٠ ومع ذلك فقد توجد ظروف معينة، إذا أحاطت بالفعل انتفى عنه وصف الجريمة، وذلك على الرغم من توافر كلاً من الركنين المادي والمعنوي٠ الأمر الذي يؤدي إلى براءة الجاني في هذه الحالة ٠ (١)

وفي الجريمة محل بحثنا - كما سبق وبينا- جعلت معظم التشريعات الجنائية من الإجهاض جريمة معاقباً عليها٠ومع ذلك توجد حالات خاصة، يقوم فيها الجاني بارتكاب كل العناصر والأركان التي تجعل من الإجهاض فعلاً مجرماً- كما ينص عليها القانون- ولكن مع ذلك لا يعد فعله جريمة٠ ويرجع السبب في ذلك أن الفعل ارتكب في ظل ظروف تنفي الصفة الإجرامية عن الفعل؛ وذلك لأن ارتكاب هذه الأفعال لن يحقق المصلحة التي يدافع القانون عن حمايتها في ظل ظروف معينة أو لأن الجريمة تحقق مصلحة أولى بالرعاية٠ وتسمى مثل هذه الظروف بأسباب الإباحة، والتي بمقتضاها تسقط الصفة الإجرامية عن الفعل ٠(٢)

أما موانع المسئولية، فهي تتعلق بمدى قدرة الجاني على التمييز أو الإدراك والقدرة على الاختيار٠ فإذا فقد الجاني أحد هاتين القدرتين أو كليهما، فيكون غير صالح لتحمل تبعة المسئولية عن

---

(١) للمزيد راجع د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٦٤٣ ٠

(٢) د. محمود نجيب حسني" أسباب الإباحة في التشريعات العربية"، منشورات معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٢، ص ١٦ ٠

الجريمة التي ارتكبها ، فموانع المسئولية لا تنفي الصفة الإجرامية- كما هو الحال في أسباب الإباحة- عن الفعل الذي اعتبره المشرع جريمة، وإنما تحول فقط دون قيام المسئولية الجنائية في حق الجاني، وتمنع بالتالي من توقيع العقاب عليه ٠

وسوف نتعرض في هذا الفصل، إلى بيان أسباب الإباحة والتي تجعل من فعل الإجهاض فعلاً مباحاً ، وفقاً لأهم الحالات التي يثور فيها البحث عن الأسباب التي تجعل من هذا الفعل مباحاً ، كما نتعرض أيضاً لموانع المسئولية، في حالة ارتكاب فعل الإجهاض؛ وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول:- أسباب إباحة الإجهاض ٠

المبحث الثاني:- موانع المسئولية الجنائية عن الإجهاض ٠

المبحث الأول
أسباب إباحة الإجهاض

تمهيد:-

جريمة الإجهاض شأنها في ذلك شأن الجرائم الأخرى، تخضع في الأصل للقواعد العامة لأسباب الإباحة. ومع ذلك نرى أن تطبيق هذه القواعد العامة يجب أن يتسم ببعض الخصائص، والتي يمكن تطبيقها في جريمة الإجهاض. حيث يمكن الموازنة دائماً بين حق الحامل وبين حق الجنين، فلكل منهما حق يحميه القانون ويشمله بحمايته، فيلزم الموازنة بينهما .

وسوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى عدة فروع. يتم من خلالها بيان الحالات التي يثار بشأنها توافر أسباب الإباحة في حالة ارتكاب فعل الإجهاض، وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأول: الإجهاض لأسباب علاجية.

المطلب الثاني: إجهاض الجنين المشوه، أو المصاب بمرض خطير.

المطلب الأول
الإجهاض لأسباب علاجية
(الإجهاض كعمل طبي)

أولاً: مفهوم الإجهاض العلاجي، وأسبابه.

الأصل أن جسم المرأة مُعد فطرياً للحمل والولادة. فتمر المرأة خلال فترة الحمل ببعض المتاعب، ومع ذلك يكون في مقدورها تحملها والتعامل معها، حيث تكون مؤهلة لذلك بحسب طبيعتها الأنثوية. ومع ذلك قد يحدث في بعض الأحيان أن تكون المرأة مصابة بمرض يحول دون استمرار الحمل، الأمر الذي يهدد صحتها وقد يعرض حياتها للخطر. مما يلزم معه ضرورة إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي؛ وذلك لإنقاذ حياتها أو الحفاظ على

صحتها ·ويطلق على هذه الحالة مسمى "الإجهاض العلاجي")[1]، وهو الإجهاض الذي تقتضيه الظروف الصحية للمرأة الحامل· نظرا لعدم قدرتها على تحمل استمرار الحمل، وخاصة إذا كان يعرض صحتها للانهيار، أو إذا كان الحمل يعوق تطور الجنين ولا يؤدي إلى نموه· ويتم ذلك عن طريق الطبيب كعمل من أعمال العلاج·

ويعد من بين الأمراض التي تحول دون استمرار الحمل(٢)، أمراض القلب وصماماته(٣)، قصور الكليتين، الإصابة بتسمم الحمل بدرجة متقدمة تهدد حياة الحامل بالخطر(٤)، إصابة المرأة بعدوى

---

[1]) Pour plus informations, voir; John J. Dillon: "Guérir des blessures de l'avortement, Un chemin d'espérance". Médiaspaul 2007 .

[2]) Nicolas Chambon de Montaux: "Des maladies de la grossesse", Sans d'édition, sans l'année de publication.

٣) إصابة الحامل بأمراض القلب، يتطلب منها بذل جهد يبلغ ضعفي الجهد المبذول في الحالات العادية؛ حيث يزداد النبض وحجم الدم· ويرى الدكتور محمد على البار، أن المصابة بمرض القلب، إذا كانت في مرحلة المرض الأولى أو الثانية، فلا تحتاج المريضة إلى الإجهاض· أما إذا وصلت إلى المرتبة الثالثةأو كانت مصابة بإنسداد الشرايين، أو ضيق في الصمامات، فينصح بالإجهاض الطبي في هذه المرحلة· أما في المرحلة الرابعة، فإن حالة المريضة لا تسمح بالإجهاض إلا بعد تحسين صحتها، ثم القيام بعملية الإجهاض· (راجع في ذلك د. محمد على البار، المرجع السابق، ص ٣٠ ·

٤) تسمم الحمل (الإكلمبسيا)، لا يعني السم بالمعنى المألوف، ولكن يطلق هذا الإسم لما يسببه من مضاعفات للحمل· وهو مرض شديد الخطورة، قد يحدث في بداية الحمل فيسمى بالتسمم الحملي المبكر، وقد يحدث في نهاية الحمل· وأعراض هذا المرض تتمثل في: ارتفاع ضغط الدم، تورم الوجه واليدين والساقين، ظهور زلال في البول، ازدياد سريع في الوزن، اضطراب في النظر أو الشعور بالزغللة· وفي حالة تطور الحالة فإنها تؤدي إلى تشنجات مع تخشب في البدن، وفقدان الشعور، واضطراب عضلات الوجه والأطراف، ثم حدوث غيبوبة، الأمر الذي يؤدي إلى الوفاة· ويؤثر تسمم الحمل تأثيراً ضاراً على المشيمة، وهي محطة التغذية والتنفس التي يعتمد عليها الجنين طوال فترة الحمل· وفي حالة إصابة المرأة به، فيجب إجهاضها خشية أن يؤدي ذلك إلى وفاتها· (للمزيد راجع د. محمد مرسي "حمل سهل وولادة بلا ألم" مكتبة القرآن، القاهرة، سنة ١٩٨٣، ص ٨٠ وما بعدها)·

جرثومية قد تؤثر على تكوين الجنين. وكذلك الأمراض العقلية والوراثية التي يخشى منها على الجنين(١). وكذلك إذا كانت المرأة الحامل صغيرة السن وثبت طبياً أنها لا تقوى على تحمل الحمل(٢). يضاف إلى ذلك أيضاً الإجهاض لأسباب نفسية أو إصابة المرأة بحالة اكتئاب شديدة، قد يؤدي إلى شروعها في الإنتحار. (٣)

ثانياً: موقف التشريع المصري من الإجهاض العلاجي.

جاء التشريع المصري خالياً من النص صراحة على إباحة الإجهاض العلاجي، والذي تقتضيه الضرورة الصحية للمرأة الحامل. لذلك اتجهت غالبية الفقه إلى إباحة الإجهاض العلاجي كعمل طبي، وذلك استناداً إلى الحق المقرر للأطباء بمباشرة أعمالهم الطبية. على الأكثر من ذلك فإن العمل العلاجي وفقاً للقواعد العامة، يتسع ليشمل العمل "الطبي الوقائي"(٤). وبالتالي

---

١) – من الأمراض الجسمية والعقلية، التي قد تنتقل بطريق العدوى وتنتقل للجنين : مرض الزهري، مرض السكر، مرض العتة العائلي المظلم، مرض العتة المنغولي أو مرض داون، اختلاف مادة الريزيس بين دم الأم ودم الجنين (راجع د. هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.)

2)Philip Baker: "Teenage Pregnancy and Reproductive Health". RCOG, 2007. P, 43.

٣) إذا لم تكن المرأة الحامل مهيأة نفسياً للحمل، فإن الحامل قد تصاب بإنفعالات نفسية، قد تظهر في صورة قلق نفسي مصحوب بأرق وعدم استقرار، وقد تظهر في صورة اكتئاب نفسي بسيط، يظهر في صورة عدم الحماس، والإحساس بالحزن دائماً، والتراخي النفسي والجسدي. الأمر الذي يؤدي مع إلى تزايد أعراض الحالة النفسية للحامل، فتصاب بالإكتئاب النفسي الشديد، والذي قد ينتج عنه الرغبة في التخلص من الحياة، والإحساس بالألم النفسي، وعدم القدرة على العمل والتركيز، والإحساس الشديد باليأس، ليصل الأمر إلى إقدامها على الإنتحار. (للمزيد راجع د. كلير فهيم "الحمل والصحة النفسية للأم والجنين" مكتبة المحبة، القاهرة، سنة ١٩٨٩، ص ٩٥).

٤) د. محمود نجيب حسني " لقسم العام" المرجع السابق، ص ١٨٢ .

فإن العمل العلاجي، يشمل ضرورة وقاية المرأة من مرض يرجح أو يحتمل أن تصاب به في حالة استمرار حملها .(1)

ويشترط لإباحة هذا النوع من الإجهاض، توافر شروط إباحة العمل الطبي. وبالتالي يجب أن يثبت أن القواعد الطبية تملي الإجهاض كضرورة علاجية للمرأة الحامل، ويترك ذلك لتقدير الطبيب تحت رقابة القضاء، وأن القيام بإجهاضها يعتبر عملاً علاجياً يؤدي إلى شفائها أو تحسين حالتها. كما يجب أن يجري العلاج وفقاً للأصول الطبية، بأن يكون المجهض طبيباً، وأن تكون المرأة الحامل راضية بإجرائه عليها، سواء أكان هذا الإجراء صريحاً أم ضمنياً. كما يجب أن يقدم للحامل بعد إجهاضها كافة وسائل الرعاية الطبية، وذلك لتفادي حدوث آثار جانبية تؤثر على صحتها. وبالتالي إذا انتفى أحد هذه الشروط، انتفت الإباحة، ويعاقب الطبيب الذي يقوم بالإجهاض في حالة الإخلال بأحد هذه الشروط وفقاً للنصوص التي تجرم الإجهاض، ما لم يندرج الإجهاض ضمن حالة من حالات الضرورة .(2)

---

(1) وقد صادق مجلس الشورى الإيراني، على مشروع الإجهاض لدواعي علاجية، وذلك يوم الثلاثاء الموافق ٢٠٠٥/٤/١٢ – ربيع الأول ١٤٢٦ هـ . وقد أجاز هذا القرار " الإجهاض لدواع علاجية من خلال تشخيص ثلاثة أطباء متخصصين، وتأييد الطب الشرعي من أن مرض الجنين بعد الولادة بسبب التخلف أو التشوهات الخلقية، يؤدي إلى إحراج الأبوين أو الطفل نفسه، أو بسبب مرض الأم، والذي يؤدي إلى تعريض حياتها للخطر، وذلك قبل ولوج الروح (اربعة اشهر) في حال رضا الأم وزوجها". وينص القرار على أن مخالفي تنفيذ هذا القانون، سيتعرضون للعقوبات المدرجة في قانون العقوبات الإسلامية. راجع في ذلك موقع النت :
http://www.albainah.net/index.aspx?function=Item&id=5289&lang

(2) انظر د. محمود نجيب حسني " القسم الخاص" المرجع السابق، ص ٣٠٦، ٣٠٧ . أيضاً د. حسن محمد ربيع،المرجع السابق، ص ١١٢ . كذلك د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها .

ونلاحظ أن معظم حالات الإجهاض، تقع لأسباب اقتصادية واجتماعية وذلك تحت مسمى الإجهاض العلاجي. لذلك نرى أنه يجب على الطبيب في هذه الحالة، أن يتحقق من السبب الداعي إلى الإجهاض العلاجي، وأن يبذل جهده لمعالجة ذلك المرض بوسائل الطب اللازمة لذلك؛ وذلك حتى تكمل الحامل حملها. وفي حالة تعذر ذلك، وعدم توافر حل آخر دون الإجهاض، فعلى الطبيب القيام بالإجهاض إذا كان ذلك هو الحل .

وحيث لا يوجد نص في القانون المصري يبيح الإجهاض العلاجي ، فإن هذا النوع من الإجهاض، لا يعد سبباً من أسباب الإباحة في القانون المصري. ولا يبقى سوى اعتباره داخلاً ضمن حالات الضرورة، أي أنه يمكن اعتباره مانعاً من موانع المسئولية وليس سبباً من أسباب الإباحة.

ثالثاً: موقف التشريع الفرنسي من الإجهاض العلاجي.

قرر قانون الصحة العامة الصادر في فرنسا، بقرار بقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠، الصادر في ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٠، في المادة (٢٢١٢- ١) أن "للمرأة الحامل التي يتسبب حملها في حالة عسر أو "ضيق"، أن تطلب من طبيب أن ينهي هذا الحمل، ولا يجوز هذا الإنهاء إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل".[1] وبالتالي فإن المشرع الفرنسي، يجعل إصابة المرأة بأضرار نفسية، وعدم مقدرتها على اكتمال حملها، سبباً لإباحة الإجهاض، بشرط أن يتم ذلك قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، وأن يتم ذلك تحت إشراف طبيب

---

[1]) Code de la santé publique. Article (2212-1) "La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse."

مختص، وأن يتم الإجهاض في مؤسسة طبية عامة أو خاصة، وبشروط محددة بقرار مجلس الدولة، وذلك وفقاً للمادة (٢٢١٢- ٢) من قانون الصحة العامة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن القانون الفرنسي أجاز إنهاء الحمل لأسباب طبية. حيث نص قانون الصحة العامة الفرنسي صراحة في المادة (٢٢١٣- ١)وذلك تحت بند إنهاء الحمل لأسباب طبية (Interruption de grossesse pratiquée pour motif medical) على أنه "يجوز الإنهاء الإرادي للحمل في أي وقت، بشرط أن يقوم به طبيبان، بعد شهادة فريق متعدد التخصصات، وانتهاء المناقشة والفحص إلى أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر جسيم، أو وجود احتمال قوي بأن الجنين الذي لم يولد بعد، يعاني من مشكلة أو مرض خطير غير قابل للشفاء، وذلك وقت التشخيص".([1]) وبالتالي فقد أجاز قانون الصحة العامة الفرنسي الإجهاض، في أي وقت- أي يمكن إجراؤه بعد انتهاء الأسبوع الثاني عشر- وذلك بشرط توافر أمرين وهما: تهديد حياة الأم الحامل بخطر جسيم لا يمكن تفاديه إلا بإجراء عملية الإجهاض. أو في حالة احتمال إصابة الجنين بمرض خطير، والتي يستحيل شفاؤه منها. الأمر الذي يوجب الإجهاض كإجراء ضروري ، وذلك خشية أن يولد طفل يعاني من مشاكل

---

[1]) Code de la santé publique. Article (2213-1)." L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic".

نفسية أو جسمانية.

وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن القانون الذي يسمح بالإجهاض في خلال تسعة أسابيع، يحترم حرية الأفراد الذين يمارسون الإجهاض أو يشاركون فيه. سواء تعلق سبب الإجهاض باكتئاب تعاني منه المرأة الحامل أو لسبب علاجي وأنه بذلك لا يحمل مساساً بمبدأ الحرية الذي تنص عليه المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن المصاحب للثورة الفرنسية. كما قرر المجلس أن القانون السابق لا يخالف مبدأ احترام النفس البشرية، مادام أنه يسمح بالمساس بها منذ بدئها إلا للضرورة، وبالشروط وفي الحدود التي ينص عليها.(1)

رابعاً: التشريع الأمريكي والإجهاض العلاجي.

يعاقب قانون العقوبات في الولايات المتحدة الأمريكية على الإجهاض تحت مسمى إجهاض الميلاد الجزئي Partial- Birth Abortion))0 فنص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٣١على أنه "يعاقب اي طبيب، يقوم بإجراء إجهاض الميلاد الجزئي، ويكون عن علم بإن القيام بذلك، سوف يؤدي إلى قتل الجنين، بالغرامة أو السجن مدة لا تزيد عن سنتين، أو كلاهما. ولا يجوز تطبيق هذا النص، في حالة ما إذا كان إجهاض الميلاد الجزئي ضرورياً للحفاظ على حياة المرأة، والتي تتعرض حياتها للخطر بسبب اضطراب أو مرض بدني أو إصابة بدنية، ويدخل في عداد ذلك الظروف البدنية التي تعرض حياة المرأة للخطر، والتي لم تحدث إلا بسبب الحمل نفسه".(2)

1- (Conseil Constitutionnel, 15 janvier 175, Décision 64- 54 DC Rec. 19, RJC 1-30.

2 (- U.S. Code. Article (1531), subsection (a) " Any physician who, in or affecting interstate of foreign =

وأباحت معظم أحكام المحكمة الدستورية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية الإجهاض، وشرط ذلك أن يتم خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل، أي قبل قابلية الجنين للحياة، ومن تلك الأحكام ما قضت به في قضية " Stenberg v.Carhart" سنة ٢٠٠٠، بإعطاء المرأة الحامل الحق في إنهاء حملها قبل قابلية الجنين للحياة" Before Fetal viability"، فقد اعتبرت المحكمة أن إنزال الجنين قبل القابلية للحياة لا يمثل إجهاضاً معاقباً عليه، بل اعتبر الفعل مكوناً لجريمة الإجهاض بعد قابلية الجنين للحياة "Post viability"،(١) غير أنها أباحت الإجهاض في حالة تعريض حياة الأم الحامل للخطر؛ وذلك من أجل الحفاظ على حياتها .

وقد قررت المجلس الدستوري الفرنسي أن المرأة من حقها أن تنهي حملها، وأن قانون الولاية يعد غير دستوري، في حال فرضه أية أعباء غير مناسبة وغير مطابقة للقواعد الدستورية على المرأة، وذلك في مرحلة القابلية للحياة، أما بعد القابلية للحياة، فإن الولاية في توطيد اهتمامها بمستقبلية الحياة البشرية، يجوز لها أن تنظم

= Commerce knowingly performs a partial- birth abortion and thereby kills a human fetus shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both. This subsection does not apply to a partial birth abortion that is necessary to save the life of a mother whose life is endangered by a physical disorder, physical illness, or physical injury, including a life- endangering physical condition caused by or arising from the pregnancy itself. This subsection takes effect 1 day after the enactment".

(1) Supreme Court of the United States. "Stenberg v. Carhart". No. (99-830); 530 U.S. 192 F.3d 1142. Argued April 25, 2000- Decided June 28, 2000.

وتنص على عدم جواز الإجهاض إلا في أحوال الضرورة. وذلك بقرار طبي من أجل المحافظة على حياة الأم وصحتها، ويتم ذلك بشروط معينة، مع إلزام الدولة بتحمل التكاليف الطبية للإجهاض. تأكيداً لذلك اعترفت المحكمة بحق المرأة في وقف الحمل في نوفمبر سنة ١٩٩٣.([1])

خامساً: موقف الفقه الإسلامي من الإجهاض العلاجي.

من بين القواعد الشرعية التي يستند إليها العلماء، في تقرير مدى جواز الإباحة من عدمه: الضرورات تبيح المحظورات. الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف أو يختار أهون الضررين. إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح. وكذلك يُعنى الشرع بدرء المفاسد أشد من عنايته بجلب المصالح، فإن لم يظهر رجحان الجلب قدم الدرء.

ولبيان الحكم الشرعي للإجهاض العلاجي. فرق العلماء بين مرحلتين، وهما كالآتي:-

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين.

اتفق جميع العلماء على أن الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين- وهي مدة المائة وعشرين يوماً- مباح في حالة ما إذا كان علاجاً لحالة نشأت بالحمل، أو ازدادت بسببه، أو كان يخشى من زيادتها. وذلك بشهادة طبيبين موثوق بكليهما يخبران بغلبة الظن بزيادة المرض.([2])

وقد قررت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، في فتواها رقم (١٧٥٧٦) الصادرة في ١٩/١/ ١٤١٦ هـ.

---

[1])Louis Favoreu, Loic Philip, Les grandes decisions du Coneil Consitutionnel, éd. Dalloz, 9éd 1997, p. 327.

[2]) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص١١٢ .

في خصوص حكم الإسقاط، عدة مبادئ من أهمها[1]: أن الإسقاط في مدة الطور الأول – وهي مدة الأربعين يوما – لا تجوز إلاّ لدفع أو تحقيق مصلحة شرعية وأنه لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقة أو مضغة أو بعد الطور الثالث حتى تقرر لجنة طبية موثوقة، أن استمراره خطر على سلامة أمه[2].

وذهب بعض الفقه إلى أنه لكي يكون الإجهاض شرعياً - في حالة الإجهاض العلاجي- لابد من توافر عدة شروط، والتي تعد تطبيقاً لقاعدة الضرورة، وتتمثل في الآتي:- [3]

أولاً: وجود آفة تعرض حياة الحامل للخطر المؤكد، سواء أكانت طارئة، واستوجب علاجها الإجهاض؛ أم كانت مرضاً سابقاً ازداد بالحمل، ونص الأطباء الموثوق بهم على أن استمرار الحمل يشكل خطراً على حياة الأم.

ثانياً: ثبوت الخطر بشهادة طبيبين عدلين متخصصين.

ثالثاً: أن تكون خطورة الحالة، مرتبطة بوجود الحمل الذي سبب الآفة أو اشتدادها.

رابعاً: تعذر علاج الأم بغير الإجهاض، واعتبار الإجهاض الحل الوحيد لإنقاذها من الخطر.

ترتيباً على ذلك فالقول بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح لوجود ضرر، أجمع عليه غالبية الفقه الإسلامي؛ وذلك تحقيقاً لقاعدة سد الذرائع مع إزالة الضرر. فيباح الإجهاض في حالة الإجهاض العلاجي

---

[1]) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، المجموعة الأولى- المجلد الحادي والعشرون (الرضاع- الكفارات) إسقاط الحمل عمداً، الجزء رقم ٢١، ص ٤٣٥ ،الموقع الرسمي لدار الإفتاء السعودية، تاريخ الزيارة ٢٠١١/١١/١٥ .

[2]) انظر سابقا ص

[3]) إبراهيم بن محمد قاسم بن رحيم، المرجع السابق، ص ١٥٣ . كذلك د. محمد البار، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها .

في مرحلة ما قبل نفخ الروح، طالما دعت إليه الحاجة أو الضرورة ٠ ويكون واجباً إذا توقفت عليه حياة الأم ٠

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين٠

أجمع العلماء على تحريم الإجهاض بعد مرور أربعة أشهر من تكّون الجنين في بطن أمه٠[1] وقد اتجه بعض الفقهاء القدامى، إلى عدم جواز الإجهاض بعد نفخ الروح حتى ولو تعارضت حياة الجنين مع حياة أمه، أياً كانت الأعذار٠ فقد جاء على لسان الطوري "امرأة حامل اعترض الولد في بطنها، ولا يمكن إلا بقطعه أرباعاً، ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن كان حياً لا يجوز؛ لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع"[2]٠

وذكر ابن عابدين ما ذكره الطوري، ولكن بإضافة "أي لو كان حياً لا يجوز تقطيعه، لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم"٠[3]

وذهب المالكية إلى عدم الجواز وتحريم الإجهاض من أول يوم٠ وعللوا ذلك بأنه لا تنتهك حرمة آدمي لآدمي آخر، فهم لا يرون أية ضرورة لانتهاك حرمة الآدمي، وبالتالي لا يجوز الإجهاض بعد مرور أربعة أشهر، خشية إنقاذ حياة الأم٠ فهم لم يجيزوا انتهاك حرمة الميت لإنقاذ حياة آدمي حي؛ حيث إنهم ذكروا أنه لا يشق بطن الميتة لإخراج الجنين الحي، لأن سلامته مشكوك فيها، فلا تنتهك حرمتها

---

[1]) حاشية ابن عابدين "رد المحتاج على الدر المختار" شرح تنوير الأنصار لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الشهير بابن عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره٠ دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الجزء الثالث، سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ١٨٥ ٠

[2]) انظر"تكملة البحر الرائق، شرح كنز الدقائق" للطوري محمد بن حسين النسفي عبد الله بن أحمد، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الجزء الثامن، سنة ١٣١١ هـ - ١٨٩٤م، ص ٢٣٣ ٠

[3]) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٢٥٢ ٠

له.[1]

أما الشافعية فقد ذكروا تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح بالإجماع، ولم يستثنوا منه شيئاً. وعللوا ذلك بأنه لا يجوز قتل الميؤوس من حياته بغير سبب يقتضي القتل، فالجنين الميؤوس من حياته لمرض أمه، لا يجوز الاعتداء عليه بالإجهاض لإنقاذ أمه.[2]

وذهب الحنابلة إلى عدم الجواز إلا في الأربعين الأولى، وعللوا ذلك بأنه لا يجوز أن يشق بطن الميتة لإخراج الولد الحي لحرمة أمه الميتة. ولا يجوز من باب أولى إجهاض الحامل بعد نفخ الروح في حالة تعارض حياتهما وكان بقاؤه خطراً على حياة الأم .

وعلى الرغم من إجماع غالبية الفقه على عدم جواز الإجهاض بعد نفخ الروح، حتى ولو كان ذلك لإنقاذ حياة الأم. إلا أن الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية قررت في الفتوى رقم (٩٤٥٣) الصادرة بتاريخ٢٠/٣/١٤٠٦هـ، وكذلك الفتوى رقم (١٧٥٧٦) الصادرة بتاريخ ١٩/١/١٤١٦هـ جواز إجهاض الجنين ولو بعد نفخ الروح، إذا كان هو السبيل الوحيد لإنقاذ أمه من الهلاك المحقق. وذلك بقولها "بعد الطور الثالث، وبعد إكمال أربعة أشهر للحمل، لا يحل إسقاطه حتى يقرر جمع من الأطباء المتخصصين الموثوقين، أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها؛ وذلك بعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته، وإنما رخص الإقدام على إسقاطه بهذه الشروط، دفعاً لأعظم الضررين وجلباً لعظمى المصلحتين".[3]

ويقول في ذلك فضيلة الشيخ محمود شلتوت :-

---

[1] إبراهيم بن محمد قاسم بن رحيم، المرجع السابق، ص ١٥٦ .

[2] نفس المرجع السابق، ص ١٥٧ .

[3] سابق الإشارة إليه، الموقع الرسمي لدار الإفتاء السعودية. www.alifta.net

"إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه (الجنين) بعد تحقق حياته هكذا (أي بعد مضي أربعة أشهر على بدء الحمل) يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين·فإذا كان في بقائه موت الأم، وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه، كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً، ولا يضحي بها في سبيل إنقاذه، لأنها أصله وقد استقرت حياتها، ولها حظ مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها واجبات، وهي بعد هذا عماد الأسرة وليس من المعقول أن نضحي في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته، ولم يحصل على شئ من الحقوق والواجبات"·[1]

وفي رأينا يجوز الإجهاض ولو بعد نفخ الروح، طالما أن ذلك هو الطريق الوحيد لإنقاذ حياة الأم على أن يتم ذلك بتوافر شروط معينة· وتتمثل تلك الشروط في تقرير طبيب مختص وموثوق به بأن حالة المرأة الحامل تستدعي إجراء الإجهاض لإنقاذ حياتها، وأن تكون حالة المرأة التي تستدعي الإجهاض واقعية وليست مجرد توهم أو ظن، لأنه لا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم· ونرجع السبب في جواز الإجهاض - في مثل هذه الحالة- إلى أن حياة الأم أهم من حياة الجنين· فالأم هي عماد الأسرة وأصل المجتمع، ومادامت هناك إمكانية لإنقاذ إحدى الحياتين، فحياة الأم هي الأولى ·

---

[1]) فتاوى الإمام محمد شلتوت "دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة "دار الشروق ، الطبعة الثامنة عشر سنة ٢٠٠١ ،ص٢٩٠ ·

المطلب الثاني
إجهاض الجنين المشوه، أو المصاب بمرض خطير

تمهيد:-

تلعب الهندسة الوراثية دوراً هاماً في فحص الجنين داخل الرحم، وذلك لبيان ما إذا كان الجنين مصاباً بأمراض وراثية أو تشوهات خلقية حيث تتسبب هذه الأمراض في إصابة جينات معينة داخل جسم الجنين. وقد تصاب هذه الجينات نتيجة عوامل خارجية تحيط بالمرأة الحامل، الأمر الذي يؤثر على الجنين أو على صحة المرأة الحامل أثناء فترة الحمل. ونلاحظ أن التشوهات والأمراض الوراثية مختلفة، ولا تمثل نوعاً واحداً. كما تختلف درجاتها بحسب درجة خطورتها، وتتباين بحسب درجة الخلل وتأثيره على الجنين. بالإضافة إلى نوع المرحلة التي يظهر فيها التشوه؛ الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف حكم إجهاض الجنين إذا ثبت إصابته بتشوه أو انتقال مرض وراثي خطير لديه .

ويثار البحث في هذا الموضوع، نظراً للاستجابة للضرورات التي فرضتها المستحدثات العلمية. والتساؤل الآن في حالة ما إذا أثبتت الفحوصات والتحاليل المخبرية - وقت إجراء التشخيص المبكر للحمل- أن الجنين مصاب بمرض وراثي خطير، أو تشوهات خلقية تجعله غير قادر على الحياة العادية، أو في حالة ما إذا كانت إصابته تشكل خطراً حقيقياً على حياة الأم وصحتها، فهل يجوز إباحة الإجهاض في مثل هذه الحالة؟ وهو ما سنتناوله بالبحث على النحو التالي:-

أولاً: ماهية التشوهات والأمراض الوراثية، وأنواعها .

أ) المقصود بالتشوهات والأمراض الوراثية:

الجنين يتكون- كما سبق وبينا- نتيجة التقاء الحيوان المنوي

للرجل ببويضة المرأة (عملية الإخصاب)، ثم يمر الجنين بمراحل عدة في تكوينه داخل الرحم، فيبدأ نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم عظاماً، ثم يكسى العظام لحماً، ويستمر النمو حتى يخرج طفلاً سليماً في موعد ولادته الطبيعية، ونلاحظ أن الجنين يخرج سليماً في ٩٨٪ من الحالات، ويخرج مشوهاً أو معاقاً ما بين ١٪ إلى ١,٥٪ من الحالات.([1])

وتحدث التشوهات غالباً نتيجة خلل في نطفة الرجل، أو في بويضة المرأة، أو في الأمشاج (الزيجوت)، أو في فترة الأريمة (الكرة الجرثومية)، أو أثناء الإنغراز أو التعلق بجدار الرحم، ويكون ذلك نتيجة انتقال عامل وراثي أو مرض وراثي مشترك بين الآباء والأبناء، الأمر الذي يُحدث خللاً في بعض الجينات التي تنتقل للأبناء.

ويتكون جسم الإنسان من عدد كبير من الخلايا، وكل خلية تحتوي على نواة، وتوجد داخل الخلية الواحدة ما يسمى بالكروموسومات، والتي تحمل الجينات والمادة الوراثية، فيوجد في كل خلية ٤٦ كروموسوم (٢٣ من الأب، و٢٣ من الأم) وتظهر على شكل ٢٣ زوجاً، وقد نجحت الهندسة الوراثية في التعرف على هذه الكروموسومات بحسب ترتيبها، حيث تبين أن الكروموسوم رقم ٢٣ هو المسئول عن تحديد جنس الجنين (ذكر أم أنثى)، كما أن الكروموسوم رقم ١٧ هو المسئول عن جهاز المناعة، وأن الكروموسوم رقم ١١ هو المسئول عن إفراز الأنسولين في الدم، كما أنه في حالة وجود ثلاث نسخ من الكروموسوم رقم ٢١ بدلاً من اثنين، فإن ذلك ينتج ما يسمى بمرض(داون) الطفل المنغولي.([2]) كما أنه إذا كان

---

[1]) د. محمد علي البار، الجنين المشوه والأمراض الوراثية، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

[2]) ينشأ مرض داون نتيجة لوجود خلل في توزيع الكروموسومات في الخلية، حيث تحتوي خلية الطفل المصاب بهذا المرض على ٤٧ كروموسوم، فيوجد بذلك كروموسوم زائد من نوع Y وذلك نتيجة اضطراب تكويني في البويضة الأنثوية للمرأة الحامل، ويترتب على ==

الكروموسوم المكون للزوج رقم ٢٣ هي XO ناقصاً الكروموسوم X ، حيث أن الطبيعي هو XXO فإنه يؤدي إلى وجود مرض (ترنر) وهو ما يصيب النساء، والمتمثل في عدم اكتمال نمو الرحم والمبيض، وعدم الحيض، أو الإصابة بالعقم الدائم. كما أنه في حالة ما إذا كان الكروموسوم المكون للزوج رقم ٢١ هي XXY بزيادة كروموسوم الجنس X ، حيث أن الطبيعي هو XY فإن ذلك ينتج عنه وجود ما يسمى بمرض (كلاينفلتر) الذي يحدث للرجل، وينتج عنه صغر حجم الخصيتين وعجزهما عن إنتاج السائل المنوي، وقد يؤدي هذا المرض إلى التسبب في العقم الدائم عند الرجل.[1]

ب) أنواع التشوهات الخلقية التي تصاب بها الأجنة:

التشوهات والأمراض الوراثية تختلف باختلاف درجة الخلل الذي يؤثر على الجينات الوراثية، ومدى خطورتها وتأثيرها على الجنين. كما تتباين أيضاً وفقاً للمرحلة التي يتعرض فيها الجنين للتشوه، سواء أكانت الإصابة في بداية الحمل أم في الأيام الأخيرة منه.[2]

== وجود هذا المرض، وجود طفل متخلف عقلياً . ويتصف هذا الطفل بشكل خاص، بحيث يختلف في خصائصه الجسمية، كالعيون الضيقة المائلة، وعدم انتظام نمو عظام الجمجمة. ونسبة حدوث هذا المرض تكون حالة في كل ألف حالة ولادة. ويحدث غالباً في حالة إذا كان سن المرأة الحامل ما بين ٣٥- ٤٠ سنة، وتزداد الحالة كلما كانت المرأة الحامل قريبة من سن اليأس. (راجع في ذلك: د. هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص ٣٧).

[1]) د. ثروت عبد الحميد "الإجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية، مدى مشروعيته ومدى المسئولية عنه في ضوء أحكام الشريعة وقواعد القانون الوضعي"، بحث منشور بمجلة الحق شريعة وقانون، تصدر عن جمعية الحقوقيين، بالإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، ص ٧٣ .

[2]) – الجنين معرض للإصابة في أي مرحلة من مراحل تكوينه داخل الرحم، فقد تحدث التشوهات في مرحلة النطفة، وتكون هذه التشوهات ناتجة عن وجود خلل في الصبغات أثناء فترة الإنقسام الإختزالي، وذلك وقت تكون الحيوان المنوي أو البويضة. أيضاً قد تحدث تشوهات في فترة التوتة والكرة الجرثومية، فالنطفة تبقى ستة أيام قبل أن تنغرز في رحم ==

ويمكننا تقسيم التشوهات الخلقية التي قد تصيب الجنين، إلى ثلاث طوائف، وذلك على النحو التالي:-

الطائفة الأولى: تتمثل في تشوهات أو نواقص خلقية لا تعطل الحياة، ولا تكون عبئاً على الطفل أو الأسرة، ويستطيع الطفل أن يعيش بها. وفي الغالب يستطيع الطبيب المختص أن يشخصها في الوقت المناسب، ويمكن معالجة البعض منها. وبعضها يقوم الطبيب بنصيحة أهل الطفل بالقيام بإجراءات معينة، لمنع تفاقمها أو حدوث مضاعفات بشأنها. ويعد من بين هذه التشوهات، خلل في الأنزيمات، خلل في المناعة، عدم تخثر الدم، ثقب في القلب، نقص في نمو الدماغ، أو الإصابة بالعمى الألوان.[1]

الطائفة الثانية: تشوهات خلقية كبيرة أو الإصابة بأمراض وراثية، ... من الصعب علاجها. هذه التشوهات قد تقضي على الجنين

= المرأة الحامل، وتتعلق بجداره، وفي هذه الفترة تنقسم وتتحول إلى خلايا تسمى (التوتة) ثم تصبح مثل الكرة، وتسمى (الكرة الجرثومية) هذه الكرة إذا تعرضت لمواد كيماوية أو عقاقير أو أشعة، فإنها تنتج جنيناً مشوهاً، وتعد هذه المرحلة ما يحدث فيها أغلب التشوهات. يلي هذه المرحلة مرحلة تكون الجنين من الأسبوع الثاني إلى الأسبوع الثامن وهي ما تسمى بالتشوهات في الفترة الحرجة، وتسمى في علم الأجنة **بالمرحلة الجنينية**، فإن هذه المرحلة تعد أشد فترات النمو، وتكون قابلة لتأثير المواد الكيماوية والعقاقير والأشعة بطريقة كبيرة، وتحدث تشوهات هذه المرحلة في الجهاز العصبي أو الجهاز الهضمي أو التنفسي أو القلب. وأخيراً التشوهات التي تحدث في **فترة الحميل** (والتي تبدأ من الأسبوع التاسع إلى نهاية الحمل)، والتشوه الأكثر شيوعاً في هذه الفترة يؤثر في الغالب على الجهاز العصبي، والجهاز التناسلي، وهو ما يتم تخليقه في هذه الفترة، بالإضافة إلى تكوين الأسنان وسقف الحنك. وبالتالي فإن الإصابة بالتشوه تحدث في أي مرحلة من مراحل تكوين الجنين، وإن كانت في بداية الحمل أشد خطورة منها في الأيام الأخيرة من الحمل (للمزيد راجع د. بدر محمد السيد اسماعيل" حكم إسقاط الجنين المشوه، في الفقه الإسلامي والطب الحديث" دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، سنة ٢٠١٠، ص ٢٧ وما بعدها).

[1]) راجع د. محمد على البار، تشوه الجنين، المرجع السابق، ص ٤٦٥ .

داخل الرحم أو فور ولادته، وقد يعيش بها مع العلاج المستمر والعناية الشديدة وبذل عناية فائقة. وبعض هذه التشوهات تكون واضحة والطفل مازال داخل الرحم. من أمثلتها التشوهات التي تصيب الجهاز العصبي، كذلك التشوهات التي تصيب جدار البطن أو الجهاز البولي، بالإضافة إلى نقص نمو الجمجمة أو المخ.([1]) وتعد هذه التشوهات من أهم الحالات التي أثارت حكم إجهاض الجنين في حال وجودها . وهو ما سنتعرض له فيما بعد .

الطائفة الثالثة: تتمثل في تشوهات خلقية كبيرة أوالإصابة بأمراض الوراثية، لا يمكن علاجها أو التعايش بها . هذه التشوهات تقضي على حياة الجنين مبكراً، وفي الغالب تؤدي إلى الإجهاض التلقائي للمرأة الحامل. وهو ما يحدث للمرأة الحامل في مراحل الحمل الأولى غالباً .و قد يموت الوليد بمجرد انفصاله عن أمه، ومن أمثلة هذا التشوهات الجنين الذي يولد دون جمجمة، أو بلا أطراف، أو بلا مخ، أو بلا قلب، أو بلا كلى .

ثانياً: العوامل المؤدية إلى تشوه الأجنة .

تحدث التشوهات الخلقية- سواء عن طريق مرض وراثي أو عن طريق الإصابة بمرض خطير- أثناء تكوين الأعضاء المختلفة للجنين. وقد ترجع التشوهات لأسباب متعددة. قد تكون وراثية وقد تكون وراثية وتتفاعل معها عوامل بيئية. وبناء على ذلك، يمكن تقسيم العوامل المؤدية إلى الإصابة بالتشوهات الخلقية إلى نوعين: الأول في وجود عوامل وراثية. أما الثاني فيتمثل في وجود عوامل بيئية. وهو ما سنتناوله على النحو التالي:-

أ) العوامل الوراثية المؤدية إلى تشوه الأجنة:

تنتقل السمات الوراثية من الوالدين إلى أولادهما عن طريق

---

[1]) انظر د. بدر محمد السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٩ .

الوراثة، والتي تنتقل منذ لحظة الإخصاب. كما تنتقل هذه الخصائص الوراثية إلى الأبناء عن طريق الوالدين والأجداد والسلال. فالوراثة تعد من أهم العوامل التي تؤثر في النمو من حيث نوعه وصفاته ونضجه وتطوره. وتعد أغلب التشوهات التي تصاب بها الأجنة داخل الرحم، راجعة إلى عوامل وراثية.وتنقسم العوامل الوراثية إلى عوامل وراثية مباشرة، وعوامل أخرى غير مباشرة.

تكون العوامل الوراثية مباشرة، عندما يرث الجنين الإعاقة العقلية أو الجسدية من والديه وأجداده مباشرة. فقد تكون الحيوانات المنوية مشوهة أساساً، وقد تكون بويضة المرأة ذات صفات غير طبيعية. ومن أمثلة هذه الأمراض الوراثية الصمم، أو فقدان البصر، وكذلك انتقال مرض السكر الذي يكون غالباً نتيجة زواج الأقارب. وقد تكون هذه العوامل غير مباشرة، وذلك نتيجة وجود اضطرابات في تكوين الجنين والتي منها:-

١)اختلاف مادة الريزيس بين دم الأم ودم الجنين .[١]

٢)لإصابة بمرض العتة العائلي المظلم.[٢]

---

[١]) "ينبغي أن يكون عامل الريزيس (كرات الدم الحمراء) لدى الأب والأم موجداً، إما سلباً أو إيجاباً. وقد يحدث اختلاف بين نوع دم الأم بأن يكون عامل الريزيس عند الأم سالباً وعند الجنين موجباً، بوراثة هذا العامل من ابيه، الأمر الذي يؤدي إلى أن يقوم دم الأم بصنع مواد سامة أو أجسام مضادة، تمر إلى الجهاز الدوري عند الجنين، فتدمر كرات الدم الحمراء، وتمنعها من بذلك من توزيع الأكسجين بصورة طبيعية، الأمر الذي قد يترتب عليه تلف المخ أو الضعف العقلي، وربما موت الجنين سواء في بطن الأم أو بعد ولادته بقليل" (نفس المرجع السابق، ص ٣٨).

[٢]) يعد مرض العتة المظلم نمط من انماط الضعف العقلي، والذي ينتج عن عيب وراثي يتعلق بالخلايا العصبية في المخ والنخاع الشوكي، حيث تملئ الخلايا وتتورم بالدهون، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإصابة بالعمى أو الشلل أو الضعف، كما يؤدي إلى الوفاة بعد عدة أعوام من بداية المرض (راجع د. هلالي عبد اللاه، المرجع السابق، ص ٣٧).

٣) حدوث اضطرابات بالكروموسومات، كما هو الحال في حالة مرض داون (مرض العتة المنغولي)، وكذلك حالة القزامة والقصاع، والتي تتميز بضعف عقلي وقصر القامة بدرجة ملحوظة، وسبب هذه الحالة قلة إفراز الغدة الدرقية، الأمر الذي يؤدي إلى تلف المخ. كذلك حالة الإصابة بكبر حجم الجمجمة، أو صغرها. ويضاف إلى ذلك أنه في حالة حدوث خلل في الكروموسومات بالنقص أو الزيادة، فإن ذلك يؤدي إلى حدوث أمراض منها: مرض ترنر، وكذلك مرض كلاينفلتر. ويعد من بين هذه الأمراض، والذي يكون نتيجة اضطراب وخلل في الكروموسوم رقم ١٨ الإصابة بما يسمى (بمتلازمة إدوارد) والتي تتمثل في التخلف العقلي الشديد، وبطء النمو الجسدي والنفسي والعقلي، وصغر الفك الأسفل وتشوه الأذنين، وإنثناء الأصابع، وتشوه الأظافر. كما أن حدوث خلل في الكروموسوم رقم ١٣، قد يؤدي إلى ما يسمى (بمتلازمة بتاو)، وهو ما يعد نادر الحدوث. وأهم خصائصه وجود تخلف عقلي شديد، وجبهة منحدرة، ووجود أذن مشوهة، وتشوهات في فروة الرأس، وصغر حجم العينين، وزيادة في عدد أصابع اليد أو القدم.[1]

٣)اضطراب التمثيل الغذائي . فتحدث هذا الاضطرابات نتيجة اختفاء انزيم معين، أو انعدام وجوده أصلاً، وهو ما يحدث غالباً نتيجة زواج الأقارب؛ الأمر الذي يؤدي معه إلى إصابة الجنين بتخلف عقلي شديد. وتوجد نسبة ١٥٪ تعاني من تخلف عقلي متوسط أو بسيط. ويعد من أمثلة نقص إنزيم معين، نقص الإنزيم اللازم لتمثيل الدهون وتحويلها إلى ما يفيد الجسم، إلى ترسب المادة الدهنية في خلايا المخ، فيتعرض الطفل المصاب بها إلى اضطرابات حسية

---

[1]) انظر د. محمد على البار ، المرجع السابق، ص ١٩٠ وما بعدها .

وحركية، بالإضافة إلى الإعاقة العقلية.[1]))

ب) العوامل غير الوراثية (الخارجية) المؤدية إلى تشوه الأجنة:

تحدث التشوهات الخلقية للأجنة- في كثير من الأحيان- لأسباب غير وراثية، أي لا تتعلق بالجينات أو الكروموسومات؛ ويرجع السبب في ذلك إلى العوامل البيئية المحيطة بالمرأة الحامل، والتي قد تؤثر على الجنين في مراحل تكوينه المختلفة. ويختلف تأثير هذه العوامل البيئية وفقاً لنوعها، والمرحلة التي يمر بها الجنين عند تعرضه لها، وتزداد نسبة هذه العوامل في المراحل المبكرة من الحمل. وتتنوع هذه العوامل وتختلف، فإصابة الأجنة بتشوهات خلقية أو اضطرابات في نموه يرجع إلى عوامل بيئية شتى. ويعد من أهم هذه العوامل البيئية الخارجية تأثيراً على الأجنة، تعرض الحامل للإصابة بفيروس معين، أو تناولها لعقاقير أو مواد كيماوية، أو تعرضها لأشعة قد تؤثر على الجنين، وكذلك في حالة تناولها للمخدرات والمسكرات. إلى جانب عوامل ميكانيكية أخرى قد تؤثر على الجنين. وسوف نتناول هذه العوامل بشئ من الإيجاز على النحو التالي:

(١) تعرض المرأة الحامل للفيروسات.

تعرف الفيروسات بأنها مجموعة جرثومات دقيقة جداً، لا يرى معظمها بالمجهر الضوئي العادي. ويكون لها خصائص الكائنات الحية، وغالباً ما تكون معدية. وتسبب أمراضاً كثيرة للإنسان.[2] هذه الفيروسات والبكتريا قد تصاب بها المرأة الحامل، وتنتقل إلى الجنين عبر دماء الأم إلى داخل المشيمة التي تحيط بالجنين، عما يتسبب عنها تشوهات قد تؤدي بحياة الجنين. ويعد من

---

[1]) انظر د. محمد هلالي عبد اللاه، المرجع السابق، ص ١٢٧.

[2]) د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٧٠.

أهم هذه الفيروسات: الإصابة بفيروس الحصبة الألماني([1])، وكذلك الإصابة بمرض الزهري([2])، والإصابة بفيروس تضخم الخلايا (حمى مضخمة الخلايا)([3])، والإصابة بفيروس الإيدز([4])، وكذلك الإصابة

---

[1]) تنتقل الحصبة الألمانية عن طريق الجهاز التنفسي، فتنتقل من الشخص المصاب إلى الشخص السليم عن طريق العطس أو مخاط الأنف، وتكون نسبة الإصابة بالتشوهات بسبب هذا المرض غالباً ما تكون في الشهر الأول، وتنخفض الإصابة في الشهر الثاني، أما في الشهر الثالث من الحمل فلا تزيد نسبة الإصابة عن ١٠٪ ، فإذا أصيبت المرأة الحامل بالحصبة الألمانية أثناء فترة الحمل، وانتقلت العدوى من الأم إلى جنينها فإن ذلك ينتج عنه وليداً مشوهاً، مثل التخلف العقلي أو إظلام عدسة العين، أو إتلاف الشبكية أو الصمم أو أمراض القلب، وصغر حجم العينين، أو صغر حجم الدماغ، وتضخم الطحال والكبد وتشوهات العظام، (للمزيد راجع د. بدر محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٥٥)،

[2]) الزهري ليس مرضاً وراثياً وإنما هو مرض ولادي، يصاب به الطفل وهو جنين في بطن أمه، ويحدث هذا المرض عند الجماع أو خلال فترة الحمل، هذا المرض إذا لم يتم علاجه على النحو المطلوب؛ فإن ذلك يكون له أثر خطير على صحة الطفل، فقد يسبب هذا المرض خللاً جسمانياً، وقد يؤثر على خلايا المخ، الأمر الذي قد يؤدي معه إلى الإصابة بالجنون أو فقدان العقل، كما أن إصابة الأم بمرض الزهري يهدد بفقد بصر الأطفال،(راجع د.هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص١٢٩)،

[3]) يعتبر هذا الفيروس من أكثر الفيروسات إصابة للأجنة داخل الرحم، فإذا أصيب الجنين بها في الأشهر الأولى من الحمل؛ فإن الجنين يسقط تلقائياً في الغالب، أما في حالة حدوث الإصابة في الثلاثة أشهر الأولى، فإن الجنين يولد مشوهاً ببعض التشوهات الخلقية والتي منها: تخلف النمو العقلي والبدني، صغر حجم العينين، صغر نمو الدماغ، استسقاء الدماغ، إلتهاب مشيمة العين والشبكية، وقد يؤدي أيضاً إلى الإصابة بالعمى (انظر د. محمد على البار، الجنين المشوه، المرجع السابق، ص ٩١)،

[4]) يعد هذا الفيروس من أخطر الفيروسات الخبيثة التي قد تصيب الجنين، ويرجع الإصابة بهذا الفيروس إلى العديد من الأسباب والتي منها: حمل الحيوان المنوي لهذا الفيروس أثناء الجماع، وقد ينتقل الفيروس من دم الأم إلى دم الجنين عبر المشيمة ومنه إلى الحبل السري، وقد يحدث انتقال مرض الإيدز أثناء التلقيح الصناعي(طفل الأنابيب)، إذا كان المانح مصاباً بمرض الإيدز(للمزيد راجع في ذلك د. محمد ايمن صافي " الإيدز وباء العصر"، دار المنارة، جدة، السعودية، سنة ١٩٨٧، ص ١٢٥)،

بميروس الجدري، وفيروس حمى النكاف، والإلتهاب الكبدي الفيروسي، وكذلك مرض الهربس. والإصابة بحمى الصفراء التي ترتفع فيها نسبة البليروبين في حالة إصابة الحامل بها، مما تصيب الجنين بالصفراء المخية، وكذلك التسبب في وجود التخلف العقلي للطفل .

(ب) تعرض الحامل للأشعة.([1])

الإعاقة الجسدية أو العقلية قد تحدث للجنين، في حالة تعرض الأم للإشعاعات. وتعتمد قوة تأثير هذه الأشعة على مدة التعرض لها، وقوتها، وكمية الأشعة؛ فالتعرض للأشعة في بداية الحمل- وعلى الأخص الأشعة التي تحدث على البطن أو الحوض- غالباً ما تؤدي إلى صغر الدماغ، والحنك المشقوقة، أو وجود تشوهات في العظام. كما أن أكثر التشوهات تحدث نتيجة تعرض المرأة الحامل للأشعة السينية، وذلك خلال أشهر الحمل الأولى، والتي تتعرض لها الحامل من أجل تشخيص بعض الأمراض. ويترتب على التعرض لهذا الإشعاعات المختلفة، إصابة الجنين بنقصان في النمو، وقد يموت قبل ولادته، كما قد تؤدي هذا الإشعاعات إلى تشوه الجهاز العصبي المركزي، وقصور في الأعضاء التناسلية، وقد يصيب الجنين ببعض الأورام.([2]) وكذلك قد يترتب على تعرض المرأة الحامل للأشعة، الإصابة بمرض الشلل الدماغي([3]).

---

[1]) See: Kerri Schuiling, Frances Likis: "Women's Gynecologic Health". Op. Cit. P, 222.

[2]) انظر د. هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص ١٢٩، كذلك انظر د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص١٧١ .

[3]) الشلل الدماغي ليس مرضاً، ولكن حالة مرضية، وتختلف في اعراضها من طفل لآخر. ويتمثل في عجز حركي مركزي غير متطور، نتيجة لإصابات تحدث في مرحلة من مراحل تطور الجهاز العصبي، ويصاب بها الطفل في مراحل نموه داخل الرحم، وكذلك قد يصاب

(٣) تناول العقاقير والأدوية.

أدى تناول المرأة الحامل لبعض الأدوية والعقاقير الطبية أثناء فترة الحمل، إلى حدوث تشوهات مختلفة في الأجنة، ونجد أن أغلب الأدوية والعقاقير، تؤدي إلى حدوث مضاعفات وتسبب آثارا جانبية في غير حالات الحمل. وبالتالي فإن حجم الخطر قد يتضاعف في حالة كون المرأة حاملا؛ ذلك لأن الدواء في حالة الحمل بالإضافة إلى مضاعفاته الجانبية، قد يؤثر سلبا على صحة المرأة الحامل، أو في تكوين الجنين أو نموه. وقد أشارت بعض الدراسات الحديثة، إلى وجود أدوية تسبب اختلال في تخليق الجنين في شهور الحمل الأولى. وقد تؤدي إلى وجود أطفال مشوهين ذوي أطراف صغيرة وقصيرة، أو أطفال مصابة بمرض قد يصعب علاجه أو التخلص منه.(١)

== بها الطفل بعد الولادة. ويعتبر الشلل الدماغي من أكثر أنواع الإعاقة الحركية، وترجع أسباب حدوثه أثناء فترة الحمل، نتيجة إصابة الأم بفيروسات كالحصبة الألمانية، وكذلك الزهري، أو الإصابة بمرض التكسوبلازما، أو عدم توافق فصيلة الدم لعامل الريزيس، أو تعرض المرأة الحامل للإشعاعات، وقد تنتج هذه الحالة المرضية نتيجة إصابة الطفل بعيوب خلقية في الجهاز العصبي، أو لنقص الأكسجين. وتكون نسبة الإصابة بهذه الحالة المرضية، خمس حالات لكل ألف مولود. ويتميز الطفل المصاب بهذه الحالة المرضية، بنقص القدرات الفكرية، وكذلك الصرع، أو التقيؤ والاستفراغ، نقص النمو، التشوهات الجسمية، إلتهاب اللثة ومشاكل الأسنان، مشاكل النطق وصعوبات الكلام. (د. منال عادل يوسف، "الشلل الدماغي"، منشور عبر مواقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١١/١١/٢٣، راجع
www.t7di.net/vb/attachment.php?attachmentid=2698&d0
كذلك انظر "كتاب المرشد في تعريف الشلل الدماغي" راجع
(www.arabcitycare.com/LinkClick.aspx?link=73&tabid=71...ar.

(١) توجد مجموعة من الأدوية والعقاقير الضارة على الأجنة، والتي يؤدي استخدامها إلى إصابة الجنين بتشوهات خلقية. ويعد من أشهر هذه الأدوية التي تتناولها النساء الحوامل ما يسمى " ثاليدوميد"، فيعد من الأدوية المهدئة، والذي قد لا تعلم الحامل أنه يمكن أن يصيب الجنين بضمور في الأطراف، وظهور شق في الجمجمة. وقد أطلق على هذا النوع من ==

(٤) تدخين المرأة الحامل، وتناولها للمخدرات أو المسكرات أثناء الحمل.

يتعرض جنين المرأة المدخنة (لجميع أنواع التبغ) إلى بعض النقائص أو التشوهات الخلقية. فتدخين التبغ يؤدي إلى زيادة حالات الإسقاط، كما يؤدي إلى إصابة الجنين بصغر حجم الجمجمة، ونقص الوزن، بل قد يؤدي الأمر إلى ولادة جنين ميت، وحدوث تشوهات خلقية في القلب. كما أن تدخين المرأة الحامل يقلل من الدم في المشيمة، الأمر الذي يؤثر على نقص النمو ونقص الوزن، وضمور الأعضاء.(١)

يضاف إلى ذلك أن تناول المرأة الحامل للخمور والمسكرات، يؤدي إلى حدوث ضمور برأس الجنين، وكذلك التخلف العقلي والعتة. وكذلك فإن تناولها للمخدرات، يؤدي إلى وجود مخاطر شديدة على الجنين. الأمر الذي قد يترتب عليه إصابة الجنين بشلل، وعدم توازن الفيتامينات لديه، وانخفاض درجة حرارته، وبطء دقات قلبه، وانخفاض وزنه، ويحدث في كثير من الأحيان وفاة الجنين. ويعد من المواد المخدرة التي تؤثر على الجنين، تعاطي الأم للحشيش الذي يؤدي إلى شذوذ الكروموسومات، وكذلك الأفيون والمرفين والهيروين والميثادون. على الأكثر من ذلك فقد يترتب على تعاطي الحوامل لهذه المخدرات، أن تصبح أجنتهم مدمنين وهم في الرحم. وفي حالة ميلادهم يكون حجمهم أقل من المعتاد، وإصابتهم بكثير من التشوهات.(٢)

== التشوه بأطراف سبع البحر او (فوكوميليا) . يضاف إلى ذلك الكثير من العقارات والأدوية، التي تؤدي إلى تشوهات خلقية في الجنين، والتي منها العقار المضاد للأورام والسرطان. فغالبية هذه الأدوية والعقارات تؤدي إلى إصابة الأجنة بتشوهات بالغة وشديدة الخطورة، قد لا يمكن علاجها.

(١) راجع د. محمد على البار، المرجع السابق، ص ١٣٢ وما بعدها .

(٢) راجع د. هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص ١٣١ .

(٥) تأثير بعض العوامل الميكانيكية على الأجنة.

تتسبب بعض العوامل الميكانيكية في إحداث تشوه الجنين. والتي تتمثل في وجود عيب في الرحم، أو ضيق الرحم، أو جلوس الحامل في أوضاع معينة، أو الضرب الشديد على البطن. وكذلك استخدامم وسائل الإسقاط الطبي، الأمر الذي قد يترتب عليه انفجار أو إصابة كيس السلي (الأمنيون) بحيث يفقد جزءاً من هذا السائل اللازم لتكون الجنين ونموه سليماً، فنقص هذا السائل يسبب تشوه في أطراف الجنين([1]).

ثالثاً: وسائل اكتشاف تشوه الأجنة.

يتم اكتشاف إصابة الجنين بتشوه، عن طريق التشخيص المبكر للحمل. فعادة ما يُقدم الزوجان على إجراء التشخيص المبكر للحمل، للإطمئنان على الجنين، وعلى الأخص في حلاة وجود أمراض وراثية أو عيوب خلقية في الأبوين، وكذلك في حالة احتمال ولادة جنين مشوه، عندما تتعرض المرأة الحامل للأشعة أو تناولها لعقار معين. ويمكن تشخيص تشوهات الجنين عن طريق العديد من الطرق، والتي منها:-

١- أخذ عينة من المشيمة عن طريق الموجات فوق الصوتية: تعتبر المشيمة جزءاً من الجنين، عندما تبلغ فترة الحمل من ٨- ١٢ أسبوعاً. وتتكون المشيمة من نفس خلايا البويضة المخصبة. وعن طريقها يدخل الطبيب إبرة طويلة غليظة عبر جدار الرحم، حتى يصل إلى المشيمة بمساعدة الموجات فوق الصوتية. ثم يقوم بأخذ عينة منها وإرسالها إلى المختبر، لإجراء الفحوصات عليها.([2])

٢- أخذ عينة من السائل الأمينوسي (السلي) المحيط بالجنين ومعاينته: يتم هذا

---

[1]) انظر د. بدر محمد السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٦٨ .

[2]) انظر د. محمد على البار، المرجع السابق، ص ٣٣١، وما بعدها .

الفحص عادة في الأسبوع الخامس عشر أو السادس عشر من الحمل. فيتكون السائل الأمينوسي الذي يحيط بالجنين، بالكثير من الخلايا التي تتساقط من الجنين بصورة مستمرة من الجلد أو الجهاز المعوي، والجهاز التنفسي. فيقوم الطبيب بواسطة حقنه لها إبرة طويلة تدخل عبر جدار الرحم وجدار البطن إلى غشاء الأمينوس المحيط بالجنين، وأخذ عينة هذا السائل ودراسة وفحص خلايا الجنين الموجودة فيه.(١)

٣- الإخصاب الطبي المساعد " طفل الأنابيب": يتم ذلك عن طريق أخذ خلية من الجنين، وإجراء التحليلات اللازمة عليها. والتي تتم لمعرفة ما إذا كان الجنين ذكراً أم أنثى، حيث أن هناك أكثر من ٣٥٠ مرضاً وراثياً مرتبطاً بجنس الجنين. الأمر الذي يمكن عن طريقه استبعاد الأجنة المصابة.(٢)

٤- معرفة التاريخ المرضي للمرأة الحامل: يستطيع الطبيب إذا ما عرف إصابة المرأة الحامل بالحصبة الألمانية مثلاً في الشهور الأولى من الحمل. أن يقرر احتمال تشوه الجنين بنسبة تتروح ما بين ٢٠- ٧٠٪.

٥- منظار رؤية الجنين: يتم إدخال منظار إلى الرحم، ليدخل داخل تجويف السلي لرؤية الجنين. والذي يتم من خلاله الكشف عن التشوهات الخلقية الشكلية والخارجية للجنين، ويتم ذلك في الأسبوع السادس عشر إلى الثامن عشر.

يتضح من تلك الوسائل السابق ذكرها، أنه يمكن التعرف على التشوهات التي تتعرض لها الأجنة؛ وذلك نتيجة التقدم العلمي الهائل في مجال العلوم الطبية. وبالرغم من ذلك فقد يخطأ الطبيب في التشخيص المبكر للحمل. حيث يقرر أن الجنين مصاب

---

(١) نفس المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها .

(٢) راجع د. بدر السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٦٨ .

ببعض التشوهات التي تبيح إسقاطه، ولكن بعد إتمام عملية الإسقاط، يتضح خلو الجنين من أية إصابة أو عاهة أو مرض خطير. ويرجع خطأ الطبيب في التشخيص إلى عدة أسباب والتي منها: عدم التزام الطبيب ببذل العناية ومراعاة الإحتياطات اللازمة وإجراء جميع الأشعة اللازمة عند القيام بالتشخيص، أو التقصير في الاستعانة بذوي الخبرة، أو الخطأ في إجراء التحاليل أو الأشعة وعدم الدقة في الفحص. وفيما يتعلق بمدى مسئولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص المبكر للمرأة الحامل، فنتناوله في موضعه المناسب فيما بعد.

رابعاً: موقف التشريع المصري من إجهاض الجنين المشوه.

جاءت نصوص التشريع المصري المتعلقة بالإجهاض، خالية من حكم إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض وراثي خطير يهدد حياته. بل أصبحت هذه النصوص قاصرة عن الاستجابة للضرورات الخاصة والمتعلقة بالإسقاط، والتي استحدثتها الأساليب والمستحدثات العلمية والطبية. الأمر الذي دعا الفقه إلى الانقسام حول حكم هذه الحالة. وهو ما سنتناوله على النحو التالي:-

الرأي الأول: اتجه غالبية الفقه إلى عدم جواز إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض وراثي خطير، واعتبر أن الإجهاض في هذه الحالة يعد عملاً غير مشروع. واستند هذا الاتجاه إلى أنه في حالة المقارنة بين مصلحة الأسرة، في أن يكون جميع أفرادها أسوياء، وبين حق الجنين في الحياة، فإنه يرجح الحق الثاني. وبالتالي يتعين صيانة الجنين وحمايته ضد أي اعتداء يقع عليه.[1]

واتجه أحد أنصار هذا الرأي، إلى أن التشوهات الخلقية قدر أراده

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٩ ، د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ١١٤ .

الله لبعض عباده. ولابد أن يولد ١ - ٢٪ من الأجنة وبها تشوهات خلقية تستدعي العناية والمعاناه من الأهل. وبالتالي فعلى الأسرة المسلمة، أن تصبر على ما أصابها، وإلا تلجأ إلى الإجهاض والاعتداء على الجنين الذي لا ذنب له. وأن تحتسب ذلك عند الله.(١)

الرأي الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي، إلى جواز إسقاط الجنين المشوه؛ وذلك إذا ما ثبت على نحو قاطع أن الجنين مصاب بآفة أو مرض وراثي أو تشوه لا يرجى شفائه. وذلك استناداً إلى ضرورة حماية المجتمع، في إنجاب نسل سليم، يتمتع أفراده بمؤهلات سليمة. وذلك للمساهمة في بناء المجتمع، ولا يشكلون عبئاً عليه. وذهب بعضهم إلى أن هناك بعض الحالات التي يجوز فيها إسقاط الجنين المشوه، وذلك لوجود مبرر قوي يبيح عملية الإسقاط، مع اقتران هذه الحالات بشروط معينة. تتمثل في أن يقع الإسقاط قبل نفخ الروح في الجنين، وأن يكون التشوه شديداً وغير قابل للعلاج، أو إذا كانت التشوهات خطيرة وممكنة العلاج ولكن بصعوبة أو تتطلب بذل عناية فائقة. أما في حالة ما بعد نفخ الروح في الجنين، فلا يجوز إسقاط الجنين مهما كانت درجة التشوه، باستثناء حالة واحدة. وهي إذا كان في بقاء الحمل خطراً على حياة الأم الحامل.(٢)

ونرى أنه إذا أثبتت الأشعة والفحوصات، أن الجنين مصاب بمرض خطير أو تشوه - وراثي أو غير وراثي (خارجي)- ولا يرجى شفاؤه. وأن إصابة الجنين بمثل هذا المرض أو التشوه، يجعله مختلفاً وغير متلائم مع الحياة العادية. فيجوز إسقاطه قبل نفخ الروح؛ وذلك لأن من حق الجنين أن يعيش حياة سليمة وطبيعية. أما في حالة ما بعد

---

(١) بحث د. عبد الله باسلامة، مشار إليه د. بدر محمد السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٠٩

(٢) راجع د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١١٨ . كذلك انظر د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٥ .

نفخ الروح، فلا يجوز الإسقاط إلا في حالة تعريض حياة المرأة الحامل للخطر؛ وذلك لأن الجنين بعد نفخ الروح أصبح نفساً يجب صيانتها والحفاظ عليها.

خامساً: موقف التشريعات الوضعية المختلفة من إجهاض الجنين المشوه.

من بين التشريعات العربية الاستثنائية التي أباحت الإجهاض - وبصورة مطلقة- التشريع التونسي، وذلك مع توافر عدة شروط والتي منها رضاء المرأة الحامل، وأن يتم ذلك على يد طبيب متخصص وفي مستشفى حكومي أو في مصحة مرخص لها، وأن يتم ذلك في خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل. ويرخص بالإجهاض بعد مرور الثلاثة أشهر، إذا خشي من مواصلة الحمل. وأنه سوف يترتب عليه انهيار صحتها أو توازنها العصبي. أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة. بشرط أن يتم الإجهاض في مؤسسة استشفائية أو صحية أو مصحة مرخص لها بذلك، وبعد تقرير الطبيب المختص الذي يباشر العلاج.([1])

يتضح من موقف التشريع التونسي، أنه لا يلزم أن يكون الجنين مصاباً بالفعل بمرض وراثي خطير أو بآفة. بل يكفي للقول بجواز الإجهاض أن يتوقع الطبيب المعالج، أن هذا الجنين سيصاب بهذه الآفة أو المرض الوراثي. ويكون ذلك في حالة إذا علم الطبيب بإصابة المرأة الحامل بالحصبة الألمانية مثلاً في الشهور الأولى من الحمل. أو عن طريق العلم بالتاريخ المرضي للحامل ولأسرتها.

وعلى الرغم من أن قانون الجزاء الكويتي جرم الإجهاض بموجب المادة (١٧٥)عقوبات كويتي - باستثناء ضرورة المحافظة على حياة الحامل- إلا أن قرار وزير الصحة الكويتي رقم (٥٥) سنة ١٩٨٤

[1]) المادة ٢١٤ من القانون الجنائي التونسي، الصادرة بمرسوم رقم ٢ لسنة ١٩٧٣، المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٣، والمصادق عليه بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٣، المؤرخ في ١٩ نوفمبر ١٩٧٣.

تضمن ما يفيد السماح للأطباء بإجرء الإجهاض، إذا أثبتت التقارير الطبية على وجه اليقين، أن الجنين مصاب بمرض وراثي خطير، أو تشوه بدني أو قصور عقلي لا يرجى شفاؤه. أما إذا كان حدوث ذلك مجرد احتمال أو توقع، فلا يجوز الإجهاض.(١)

ومن بين التشريعات الأجنبية التي أباحت الإجهاض في حالة تشوه الجنين، التشريع الإنجليزي والتشريع الفرنسي والتشريع التركي. فقد نص قانون العقوبات التركي في الفقرة الأولى من المادة ٩٩ على أن "يعاقب أي شخص يتسبب في الإجهاض وفقدان الجنين، وذلك دون موافقة المرأة الحامل، بالسجن من خمس إلى عشر سنوات".(٢) كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن "يحكم على الشخص الذي يقوم بطرد الجنين قبل العشرة أسابيع الأولى من الحمل، على الرغم من عدم وجود ضرورة طبية تقتضي هذا الطرد، بالسجن من سنتين إلى أربع سنوات، حتى ولو تم الحصول على موافقة المرأة بالإجهاض، ويعاقب أيضاً على المرأة التي تعطي الموافقة على الإجهاض، بالسجن لمدة تصل إلى سنة واحدة أو بالغرامة".(٣) يتضح من موقف التشريع التركي، أنه يجيز الإجهاض

---

١) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٨ .

2)Turkish Criminal Code. Law No. 5237. Passed On 26.09.2004 (Official Gazette No. 25611 dated 12.10.2004). Fifth section. Causing Abortion, Abortion and Sterilization. Article 99-(1) Any person, who causes abortion and loss of a child without consent of the woman, is punished with imprisonment from five years to ten years.

3) - Article 99- (2) Any person, who involves in expulsion of fetus older than ten weeks although medically not necessitated, is sentenced to imprisonment from two years to four years even = =

قبل العشرة أسابيع الأولى من الحمل، بشرط موافقة المرأة الحامل. أما بعد مرور العشرة أسابيع الأولى من الحمل، فلا يجوز الإجهاض، ولو تم بموافقة المرأة الحامل. وذلك دون وجود ضرورة طبية تستدعي ذلك. واستناداً إلى ذلك ففي حالة إصابة المرأة الحامل ببعض الأمراض كالزهري أو الحصبة الألمانية، أو تعرضها للأشعة أو إصابتها ببعض الأمراض النفسية، يجوز الإجهاض.

أما التشريع الإنجليزي، فقد نصت الفقرة (د) من المادة الأولى من الفصل الأول من قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر سنة ١٩٦٧، والمعدل بالقانون الصادر عام ١٩٩٠ على أن "لا عقاب على إنهاء الحمل، إذا ثبت أن هنالك خطراً حقيقياً؛ لأن الطفل إذا ولد سيعاني من تشوهات عقلية أو بدنية، بحيث يكون عاجزاً فعلاً". واشترطت هذه المادة أن يشهد بذلك طبيبين مختصين، وأن يتم عملية الإجهاض داخل مستشفى مرخص لها بذلك من قبل وزارة الصحة.([1])

وكذلك الأمر في التشريع الفرنسي، فقد قرر قانون الصحة العامة الصادر في فرنسا، بقرار بقانون رقم ٥٤٨ لسنة، ٢٠٠٠ الصادر في ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٠، في المادة (٢٢١٣- ١). على أنه "يجوز الإنهاء الإرادي للحمل في أي وقت، بشرط أن يقوم به طبيبان، بعد شهادة فريق متعدد التخصصات، وانتهاء المناقشة والفحص إلى أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر جسيم، أو وجود احتمال قوي بأن الجنين الذي لم يولد بعد، يعاني من مشكلة أو مرض خطير غير قابل

= = if the consent of the woman is obtained for abortion. In such case, the woman who gives consent to abortion is also punished with imprisonment up to one year, or punitive Fine. Ibid .

([1]) راجع د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص ١٢٥ .

للشفاء، وذلك وقت التشخيص".([1])

سادساً: موقف الفقه الإسلامي من إجهاض الجنين المشوه

لاشك أن الكشف عن التشوهات الخلقية، أصبح من الأمور المستحدثة نتيجة التقدم العلمي الهائل، الأمر الذي يتطلب معه البحث عن الحكم الشرعي لمثل هذه الحالة. وبالبحث يتضح لنا أن رأي الفقه الإسلامي، ينحصر في أمور ثلاثة. والتي يلزم اتباعها، وتتمثل في الآتي:-

١- منع حدوث هذه التشوهات- إن أمكن ذلك- وذلك عن طريق اختيار الزوجة أولاً. والابتعاد عن زواج الأقارب واتخاذ الإحتياطات اللازمة. وتجنب الأسباب الخارجية المؤدية إلى حدوث تشوهات، مثل الأدوية والتدخين والكحوليات والتعرض للأشعة.

٢- محاولة علاج هذه الأمراض أو التشوهات، أو التخفيف منها؛ بحيث يستطيع المولود أن يتعايش مع الحياة البشرية العادية.ويتم ذلك إما عن طريق معالجة الأم الحامل من الأمراض التي تسبب التشوهات إن أمكن ذلك. أو محاولة مداواة الأجنة قبل الولادة عن طريق التقنيات الحديثة، والتي عن طريقها يتم معرفة الكروموسومات المسببة للتشوه، ومعالجتها بالجينات المناسبة. سواء تم ذلك عن طريق التدخل الجراحي، أم عن طريق عمل التحاليل

---

[1])Code de la santé publique. Article (2213-1)." L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic".

الكيماوية وحقن الجنين داخل أوردته من خلال المشيمة .

٣- الإجهاض، إذا كان هو السبيل الوحيد . وقد انقسم العلماء في ذلك إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول: مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين.

اتجه غالبية الفقهاء إلى أنه إذا تم اكتشاف التشوهات في مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين (أي قبل مرور ١٢٠ يوماً)، يجوز الإجهاض على أن يتم ذلك إذا كانت التشوهات الخلقية خطيرة جداً أو متعذرة العلاج . أو إذا كانت التشوهات الخطيرة ممكنة العلاج ولكن بصعوبة فائقة . أما إذا كانت هذا التشوهات بسيطة وممكنة العلاج، فلا يجوز الإجهاض لعدم وجود المبرر الشرعي المقتضي للإسقاط .(١)

واتجه رأي في الفقه الحديث، إلى القول بأن حياة الجنين يجب المحافظة عليها . ففي حالة تقرير الأطباء أن الجنين به تشوهات خلقية . فإذا كان الجنين يعيش مع هذه التشوهات عادة، ففي هذه الحالة يحرم إسقاطه مطلقاً . أما إذا كانت هذه التشوهات خطيرة، فيجوز إسقاطه قبل نفخ الروح .(٢)

وقد قرر المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الفتوى رقم ٢٤٨٤ الصادرة بتاريخ ١٣٩٩/٧/١٦هـ .(٣) إباحة إسقاط الجنين المشوه قبل نفخ الروح، ولكن بتوافر شروط معينة وهي:-

أ) موافقة الزوجين، لأن للزوجين حقوقاً وواجبات تتعلق بالإسقاط . ولأن الإذن الطبي أساس في عقد الإجارة بين الطبيب والمريض .

ب) عدم تعريض الحامل لخطر أشد، وذلك عملاً بقاعدة اتقاء أشد الضررين بارتكاب أخفهما ضرراً .

---

(١) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٢ . انظر أيضاً د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٧٤ .

(٢) مشار إليه د. بدر محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٩٧ .

(٣) راجع موقع النت، سابق الإشارة إليه www.fiqhacademy.org.sa

ج) شهادة طبيبين عدلين، يتفقان على ضرورة الإسقاط. وألا يترتب على الإسقاط تعرض الحامل لخطر أشد من خطر الإسقاط.

الاتجاه الثاني: مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين.

اتفق الفقهاء قديماً وحديثا، على تحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه، حتى ولو أثبت التقرير الطبي أنه مشوه الخلقة. باستثناء الحالة التي تقرر فيها لجنة من الأطباء المتخصصين، أن بقاء الحمل فيه خطر على حياة أمه. فعندئذ يجوز إسقاطه لو لم يكن فيه تشوه.([1]) وأرجعوا أدلتهم في ذلك إلى الآتي:-

١- عموم النهي عن قتل النفس، فقد قال سبحانه وتعالى " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"([2]).

٢- أجمع الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، بل إن بعضهم أوجب القصاص في الإجهاض المتعمد. فإن كانت هناك عيوب في الجنين فلا يعد ذلك مبررا شرعياً لإجهاضه؛ ذلك لأن التقدم العلمي والمستحدثات العلمية أصبحت قادرة على علاج مثل هذه الحالات.

٣- قرر العلماء أن أسباب الضرورة في مثل هذه الحالة غير متوافرة؛ ذلك لأن أسباب الضرورة يلزم أن تكون قائمة بالفعل وليست متوقعة. فهذه التشوهات ربما تكون محتملة وليست يقينية. ولو ثبت أن هذه الإحتمالات يقينية، فهذا لا يبرر إجهاض الجنين بعد نفخ الروح، لأنه يمكن علاجه مستقبلاً.

وقد قررت اللجنة الدائمة للمجمع الفقهي الإسلامي، في دورتها الثانية عشرة، والمنعقدة بمكة المكرمة، في ١٥ رجب ١٤١٠هـ، الموافق ١٠فبراير ١٩٩٠، أنه "- إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً، لا يجوز إسقاطه ولو كان التقرير الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة إلا إذا

---

[1]) راجع د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ١٧٧.

[2]) سورة الإسراء، الأية رقم ٣٣.

ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين، أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين.

- قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل، إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات- وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية- أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً، غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في موعده، ستكون حالته سيئة، وأشد ألما عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، والمجلس إذ يقرر ذلك يوصي الوالدين، بتقوى الله، والتثبت في هذا الأمر".(1)

- حكم إصابة المرأة الحامل بفيروس الإيدز.(2)

---

1) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٨، السنة ٢٢ لسنة ١٩٩١ .راجع الموقع الرسمي للمجلة www.fiqhia.com.sa/ABrowse.asp .

2) قرر مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سري بيجوان، بروناي دار السلام ، من ١- ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١- ٢٧ يونيو ١٩٩٣، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مرض نقص المناعة المكتسب(الإيدز). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وتبين منها أن ارتكاب فاحشتي الزنى واللواط أهم سبب للأمراض الجنسية التي أخرها الإيدز(متلازمة العوز المناعي المكتسب)، وأن محاربة الرذيلة وتوجيه الإعلام والسياحة وجهة صالحة تعتبر عوامل هامة في الوقاية منها، ولاشك أن الالتزام بتعاليم الإسلام الحنيف ومحاربة الرذيلة وإصلاح أجهزة الإعلام ومنع الأفلام والمسلسلات الخليعة ومراقبة السياحة، تعتبر من العوامل الأساسية للوقاية من هذه الأمرض، وقرر ما يلي: في حالة إصابة أحد الزوجين بهذا المرض، فعليه أن يخبر الآخر وأن يتعاون معه في إجراءات الوقاية كافة، ويوصي بما يلي:-

أولاً: دعوة الجهات المختصبة في الدول الإسلامية لاتخاذ كافة التدابير للوقاية من الإيدز، ومعاقبة من يقوم بنقل الإيدز إلى غيره متعمداً، كما يوصي حكومة المملكة العربية السعودية بمواصلة تكثيف الجهود لحماية ضيوف الرحمن واتخاذ ما تراه من إجراءات كفيلة بوقايتهم من احتمال الإصابة بمرض الإيدز.

ثانياً: توفير الرعاية للمصابين بهذا المرض، ويجب على المصاب أو حامل الفيروس أن ==

يعد مرض الإيدز (نقص المناعة) من الأمراض الخطيرة التي تنتقل من الأم المصابة إلى الجنين. فهذا المرض قد استعصى كل طرق العلاج والدواء حتى وقتنا هذا. وترجع الأسباب التي يعود إليها هذا المرض إلى الاتصال الجنسي وبالأخص الشذوذ الجنسي واللواط، وكذلك عن طريق نقل الدم ومشتقاته، وغير ذلك من أسباب العدوى. وهذا المرض يمكن انتقاله إلى الجنين، عن طريق وسائل عدة والتي منها:- [1]

١) قد تحدث الإصابة عن طريق الحيوان المنوي الذي يلقح البويضة. بسبب إصابة اللقيحة، أو النطفة، وهذا يؤدي إلى إصابة الجنين في مرحلة مبكرة.

٢) قد يصاب الطفل أثناء عملية الولادة، وأثناء نزوله من الرحم.

٣) قد يصاب الجنين بالعدوى من الأم المصابة بعدوى الفيروس، فقد ينتقل الفيروس إلى الدورة الدموية للجنين من خلال المشيمة، ومنها إلى الحبل السري ثم إلى الجنين.

٤) قد تحدث الإصابة أثناء التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب).

== يتجنب كل وسيلة يعدي بها غيره، كما ينبغي توفير التعليم للأطفال الذين يحملون فيروس الإيدز بالطرق المناسبة.

ثالثاً: أن تقوم الأمانة العامة باستكتاب الأطباء والفقهاء في الموضوعات التالية، لاستكمال البحث فيها وعرضها في دورات قادمة:١) عزل حامل فيروس الإيدز ومريضه ٢) موقف جهات العمل من المصابين بالإيدز ٣) إجهاض المراة الحامل المصابة بفيروس الإيدز ٤) هل تعتبر الإصابة بمرض الإيدز من قبيل مرض الموت من حيث تصرفات المصاب؟ ٥) أثر إصابة الأم بالإيدز على حقها في الحضانة ٥) ما الحكم الشرعي فيمن تعمد نقل مرض الإيدز إلى غيره ٦) تعويض المصابين بفيروص الإيدز عن طريق نقل الدم أو محتوياته أو نقل الأعضاء ٧) إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج لتجنب مخاطر الأمراض المعدية وأهمها الإيدز.

[1]) راجع د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٨٠ وما بعدها .

وحكم إجهاض المرأة المصابة بالإيدز، لها حكم إجهاض الأم غير المصابة بالإيدز. فيحرم بعد نفخ الروح، ويجوز قبله في حالة الضرورة القصوى؛ لأن الحمل لا يؤثر في العدوى.([1])

كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع، بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١- ٦ من ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١- ٦ إبريل ١٩٩٥م. وبعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) والأحكام المتعلقة به. والقرار رقم ٨٢ (٨/١٣) قرر ما يلي: "نظراً لأن انتقال العدوى من الحامل المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) إلى جنينها، لا تحدث غالباً إلا بعد تقدم الحمل - نفخ الروح في الجنين- أو أثناء الولادة. فلا يجوز إجهاض الجنين شرعاً".([2])

وقد اتجه رأي في الفقه إلى جواز الإجهاض قبل نفخ الروح. أما بعد نفخ الروح فلا يجوز إلا لضرورة الإبقاء على حياة الأم. ويرى أن الإسقاط يكون من أجل إنقاذ الأم إذا تعرضت للهلاك. أما إذا كان الإسقاط من أجل الجنين، فلا يجوز الاعتداء على حياة الجنين بالإسقاط.وأرجع السبب في ذلك إلى الأتي([3]):-

أ) أن انتقال العدوى من الأم المصابة بالإيدز إلى الجنين، لا يحدث

---

[1]) الندوة السابعة لعام ١٩٩٣م، تحت عنوان "الأحكام المتفرعة على اكتشاف مرض الإيدز"، عرض الجانب الفقهي لتاريخ المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، منذ نشأتها في يناير ١٩٨١، ثم ندوتها الفقهية الأولى في مايو ١٩٨٣، حتى ندوتها الخامسة عشر في أكتوبر ٢٠٠٢م. مقدم إلى المؤتمر العالمي الثامن الذي تعقده المنظمة بالقاهرة تحت عنوان " الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية" إعداد د/ سعد الدين مسعد الشاذلي .

[2]) راجع موقع النت السابق ذكره.

[3]) انظرد. شحاته عبد المطلب حسن أحمد، "الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، سنة ٢٠٠٦، ص ٦٢ .

غالباً إلا بعد نفخ الروح أو أثناء الولادة، فالجنين في هذه الحالة قد اكتسب صفة الإنسانية، وبالتالي فلا تكون هناك ضرورة لإجهاضه.

ب) إن إجهاض الجنين في هذه الحالة، قد تعارضت فيه مفسدة التسبب في إسقاطه أو مصلحة البقاء عليه حفاظاً على حقه في الحياة، فإذا خرج إلى الحياة تبقى هناك مفسدة ارتباط المرض ببدنه، وبين مصلحة بقائه في الحياة، وربما يطول عمره ويزداد إيماناً وينتفع به الخلق، نظراً لتوقعه الدائم للموت، فيعيش حياة أقرب للآخرة منها للدنيا.

ج) وجود مصلحة في الإبقاء على جنين الإيدز، فنظراً للتقدم العلمي الهائل في مجال الطب، فقد يتوقع إيجاد علاج له في المستقبل.

د) أن احتمال انتقال الإيدز من الأم المصابة إلى جنينها مختلف فيه، فنسبة الاحتمال عند الكثير لا تتجاوز ٤٠٪ ،وهذه النسبة لا تكفي لغلبة الظن المعتبرة في الأحكام الشرعية.(١)

---

١) انظر د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٨٥ .

المبحث الثاني
موانع المسئولية الجنائية في الإجهاض

تمهيد:-

ثمة فرق بين موانع المسئولية وأسباب الإباحة· فموانع المسئولية لا تنفي الصفة الإجرامية عن الفعل الذي اعتبره المشرع جريمة، وإنما تحول دون قيام المسئولية الجنائية في حق الجاني.وتمنع فقط من توقيع العقاب عليه دون أن تجعل الفعل مباحاً.فعند قيام مانع من موانع المسئولية الجنائية،لا تجوز محاكمة الشخص.ولا يجوز الحكم بمسئوليته عن الجريمة.ومن ثم لا يجوز توقيع أية عقوبة عليه·

وتختلف موانع المسئولية عن موانع العقاب، في أن موانع المسئولية تنفي واحداً أو أكثر من شروط الصلاحية للمسئولية (التمييز- الاختيار)· أما موانع العقاب فلا تأثير لها على الركن المعنوي للمسئولية·كما أن موانع المسئولية تجيز تطبيق التدابير الاحترازية، أما موانع العقاب فلا تسمح بذلك· كذلك فإن موانع العقاب وردت في القانون على سبيل الحصر، بينما موانع المسئولية لم ترد على سبيل الحصر، بل يجوز القياس عليها·(1)

ويُعد من بين موانع المسئولية التي يمكننا استخلاصها من النصوص التشريعية وفقاً للقواعد العامة، والتي تتوافق مع طبيعة الجريمة محل بحثنا· هي إكراه المرأة الحامل وكذلك تعرضها لمواجه حالة ضرورة وموانع المسئولية - كما سبق وذكرنا- جاءت على سبيل المثال، وبالتالي يجوز القياس عليها· وهو ما نتعرض فيه لحالة إجهاض المرأة المغتصبة، باعتبارها مانعاً ينفي المسئولية عن القائم بإجهاض جنين الاغتصاب، وهو ما سنتناوله على النحو

---

(1) للمزيد انظر د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٩٢٢ ·

التالي:-

المطلب الأول: إكراه الحامل وحالة الضرورة.

المطلب الثاني: إجهاض جنين المغتصبة.

المطلب الأول
إكراه الحامل وحالة الضرورة

أولاً: إكراه المرأة الحامل.

تتفق معظم التشريعات على عدم توقيع العقاب على مرتكب الجريمة، إذا تمت تحت تأثير الإكراه. فلا تنعقد مسئولية الشخص الخاضع للإجهاض، سواء أكان الإكراه مادياً أم معنوياً .

ويكون الإكراه مادياً، عندما يعدم إرادة الجاني بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها .([1]) فيترتب على ذلك استحالة أن ينسب هذا السلوك لم صدر عنه. بل إن هذا السلوك ينسب إلى القوة التي سيطرت فسخرتها في السلوك الذي صدر عنه. وذلك كمن يمسك بيد المرأة الحامل ويجعلها تضرب نفسها بقصد إجهاضها أو من يمسك بيدها ويجعلها تتعاطى مواد مجهضة، فالإكراه المادي يعدم الإرادة تماماً .

أما الإكراه المعنوي فيقصد به الضغط الذي يباشره الشخص على إرادة شخص آخر لحمله على ارتكاب الجريمة. ويتمثل هذا الضغط في تهديد الحامل بتوقيع أذى معين عليها، ولكنه غير حال. وذلك إن لم تستجب لما يطلبه منها وهو إنهاء حملها . ومثال ذلك من يهدد المرأة الحامل بقتل ابن لها إن لم تسقط نفسها، أو أحد عزيز عليها . فالإكراه المعنوي يؤثر على قدرة الشخص على الاختيار تأثيراً جزئياً، ولا يعدم إرادته كلياً.

ونلاحظ أنه لا يوجد نص خاص بالإكراه المعنوي في القانون المصري. الأمر الذي يجعله يحدث أثره في امتناع المسئولية، باعتباره

---

[1]) انظر د. عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ٦٠٠ .

حالة من حالة الضرورة. والذي لا تختلف شروطها عن شروط حالة الضرورة، وهو ما سنعرض له.

ثانياً: حالة الضرورة.

أ) مفهوم حالة الضرورة وشروطها.

يقصد بحالة الضرورة، حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولا يمكن إبعاده إلا بارتكاب فعل محظور ومعاقب عليه. فهذا الشخص وإن كان في ظاهره يبدو وكأنه كامل الحرية، إلا أنه في الحقيقة مكره على ارتكاب الجريمة إنقاذاً لمصلحة أخرى يحميها القانون. هذه المصلحة تكون أكبر في قيمتها الإجتماعية من المصلحة التي ضحى بها بارتكاب الجريمة. فالمرأة التي تقوم بالإجهاض لإنقاذ لحياتها من الخطر، وليست هناك وسيلة أخرى غير الإجهاض. يجوز لها الاحتجاج بتوافر حالة الضرورة لتبرير فعل الإسقاط.

ويشترط لقيام حالة الضرورة، ومن ثم ترتيب أثرها عدة شروط وضوابط والتي تتمثل في: عدم التزام الشخص بتحمل الخطر. وألا يكون للشخص دخل في حدوث الخطر. وحلول الخطر بأن يكون حالاً ومنذراً بضرر وشيك الوقوع. وأن يكون الضرر موضوع الخطر جسيماً على النفس. وأخيراً عدم استطاعة دفع الخطر بوسيلة أخرى[1].

وبتطبيق هذه الشروط في حالة الإجهاض، يتبين أن أهم هذه الشروط، أن يكون الحمل مهدداً لحياة المرأة الحامل أو سلامة جسمها بخطر جسيم. وبالتالي فإذا لم يكن الحمل مشكلاً لخطر جسيم على النفس، بل كان الخطر هو احتمال ميلاد طفل مشوه أو مصاب بمرض خطير، فلا يجوز الاحتجاج بتوافر حالة الضرورة لتبرير فعل الإسقاط. كما يجب أيضاً أن يكون الخطر حالاً ومنذراً بوقوع ضرر

---

[1]) د. عبد الرءوف مهدي ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٦٠٠ .

حقيقي. فإذا لم يكن كذلك فلا مجال للاعتداء على حق الجنين البرئ. فإذا أصيبت الحامل بمرض خطير، فلا يجوز الإسقاط لاحتمال إصابة الجنين به، استنادا إلى حالة الضرورة لأنه قد يكون لدى الحامل الوقت الكافي – خلال أشهرالحمل- للعلاج ودرء هذا الخطر.

كذلك يُعد من أهم شروط الضرورة أيضاً في حالة الإسقاط، ألا يكون للحامل دخل في حدوث هذا الخطر. وبالتالي لا يجوز أن يحتج بحالة الضرورة من كان حملها ثمرة علاقة في غير نطاق الزواج. فكان من واجبها رفض هذه العلاقة، أو في استطاعتها درءها.(1)

ب) موقف التشريعات الوضعية من حالة الضرورة.

نصت المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري على أنه "لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس، على وشك الوقع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

فالمشرع المصري لم ينص صراحة على اعتبار الإجهاض إنقاذاً لحياة الأم، من أحوال الضرورة. بل جاءت النصوص الخاصة بالإجهاض عامة وغير مفسرة. تاركاً هذه المسألة لرجال الطب ثم لتقدير القضاء. وبالقياس على المادة ٦١ عقوبات مصري، يجوز الاحتجاج بتوافر حالة الضرورة إذا كان الحمل يهدد حياة الحامل بالخطر، أو يهدد سلامة جسمها بأخطار جسيمة.

ويتشابه الإجهاض في حالة الضرورة مع الإجهاض الطبي. إلا أن هناك فارقاً كبيراً، يتمثل في إمكانية قيام أي شخص بالإجهاض في حالة توافر الضرورة. فلا يشترط أن يجريه الطبيب كما هو الحال في الإجهاض العلاجي. كما لا يشترط أيضاً رضاء الحامل

---

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٠.

بالإجهاض في حالة الضرورة. ولذلك لا يكون الإجهاض إجهاضاً مباحاً، بل ترتفع المسئولية الجنائية فقط عن الفاعل. وينصرف هذا الإمتناع أيضاً إلى كل من ساهم في ارتكاب الإجهاض؛ ذلك لأن حالة الضرورة يستفيد منها كل من وجد داخل نطاقها.([1])

أما قانون الجزاء الكويتي، فعلى الرغم من أنه لم ينص صراحة على إباحة الإجهاض. إلا أن المادة ١٧٥جزاء كويتي نصت على أن "لا عقوبة على من أجهض امراة حاملاً، إذا كان متوافراً على الخبرة اللازمة، وفعل ذلك وهو يعتقد بحسن نية أن هذا العمل ضروري لإنقاذ حياة الحامل". كما حدد قرار وزير الصحة الكويتي رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٤ الإجراءات والشروط اللازمة لإجراء الإجهاض في حالة الضرورة، وذلك على النحو التالي:- ([2])

١- أن يكون إجراء عملية الإجهاض في مستشفى حكومي.

٢- أن يكون هناك تقرير مفصل من طبيب أمراض النساء المعالج، يبين فيه أسباب الإجهاض.

٣- عرض المرأة الحامل على لجنة مكونة من ثلاثة أعضاء اختصاصيين، برئاسة طبيب أخصائي بدرجة رئيس وحدة.

٤- أن يصدر قرار بالإجماع من اللجنة بإجراء الإجهاض.

٥- يشترط كذلك موافقة الحامل والزوج، أو ولي الأمر في حالة غياب الزوج.

ويعد من بين التشريعات العربية التي نصت صراحة على عدم العقوبة على الإجهاض، استناداً إلى حالة الضرورة- وإن لم تنص عليها ضمن موانع المسئولية- التشريع الجزائري فقد نصت المادة ٣٠٨ عقوبات جزائري على أن "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته

---

[1]) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ١٢٥ .

[2]) انظر د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٧ .

ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء، وبعد إبلاغ السلطة الإدراية"· كما قضت المادة ٧٢ من القانون رقم ٨٥/٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بالجزائر، على ما يأتي "يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر، ويتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي"·

أما المحكمة العليا في النرويج في سنة ١٩٨٣ فقد قضت بأن التشريع الذي يسمح بالاجهاض لا يتعارض مع الحق في الحياة ولا مع القواعد الدولية وخاصة المادة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان· ففي الدول الاسكندنافية من حق المرأة الإجهاض في خلال مدة ١٢ شهر من بدء الحمل· ونفس وجهة النظر للمحكمة الدستورية في البرتغال في خلال ١٢ شهر· أما بعد فوات هذه المدة، فلا يجوز ذلك إلا لضرورة إنقاذ حياة الأم·([1])

وأكدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في الكثير من احكامها على عدم جواز إجهاض الميلاد الجزئي، بعد قابلية الجنين للحياة· والتي قدرتها بمرور ثلاثة أشهر من الحمل، إلا في حالة تعرض المرأة الحامل لضرورة قصوى· من أمثلة ذلك تعرضها لاضطرابات أو إصابات بدنية· ويدخل في عداد ذلك الظروف البدنية التي قد تعرض حياة المرأة الحامل للخطر، ويكون سببها الحمل·([2])

---

[1]) Louis Favoreu , Loic Philip, Les grandes decisions du Coneil Consitutionnel , éd. Dalloz, 9éd 1997, p.328.

[2]) Supreme Court of the United States. "Gonzales v. Carhart". No .05-380. Argued November 8, 2006- Decided April 18, 2007 . www.law.cornell.edu.

ج) موقف الفقه الإسلامي من حالة الضرورة.

ذكر العلماء أن الضرورة لا تكون شرعية، وبالتالي تبيح معه ارتكاب المحظور. إلا إذا تحققت عناصر عدة تتمثل في الآتي:- (1)

1) أن تكون أسباب الضرورة قائمة لا متوقعة، بحيث يغلب على الظن خوف الهلاك والتلف على النفس أوالمال أو العقل، وتكون المخاوف مستندة إلى دلائل واقعة بالفعل.

2) أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى من المباحات، إلا المخالفة وارتكاب المحرم .

3) أن تكون المصلحة المستفادة من استباحة المحظور بسبب هذه الضرورة، أعظم أهمية في نظر الشارع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور. أو أن تكون المفسدة المترتبة على تجنب المحظور أعظم من المفسدة المترتبة على ارتكابه.

4) أن تكون الضرورة ملجئة، بحيث يخشى تلف النفس أو العضو، إن لم يرتكب المحظور.

5) أن يقتصر فيما يباح فعله للضرورة على الحد الأدنى لدفع الضرر. لأن إباحة الحرام ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها .

- حكم الإجهاض خشية موت الجنين، أو لتحقق موته.

قد يحدث في بعض الأحيان، أن تموت المرأة وفي بطنها جنين حي، فيترتب على ذلك إصابة الجنين باختناق ومن ثم وفاته. وقد يحدث أن يموت الجنين وهو في بطن أمه، ومن ثم يصبح ضررا على أمه، الأمر الذي قد يترتب عليه عدم إمكانية الحمل مرة أخرى. ومن هنا كان لابد من البحث عن الحكم الشرعي في هذه الحالة.

الحالة الأولى: إذا ماتت الحامل وفي بطنها جنين حي.

اتجه الفقهاء إلى جواز شق بطن الأم لإخراج الجنين في مثل هذه

---

(1) راجع د. إبراهيم بن محمد قاسم بن رحيم، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها .

الحالة، وهنا اختلف الفقه إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول: إذا ماتت الحامل وفي بطنها جنين، فيجوز شق بطن الأم وإخراج الجنين، إذا رجيت حياته، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية والحنابلة.[1] فجاء في تكملة البحر الرائق "امرأة حامل، واضطرب الولد في بطنها، فإن كان أكبر رأيه أنه حي يشق بطنها"، وقد استدلوا على ذلك من الآتي:-

١- قوله تعالى {مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا.} [2]

٢- أن في حالة المقارنة بين حق الميت وحق الحي، فيقدم حق الحي، لأنها أصبحت نفساً مستقلة، يجب احترامها والحفاظ عليها.

٣- أن شق البطن فيه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت، فأشبه ذلك من اضطر إلى أكل جزء من الميت.

٤- استناداً إلى قاعدة التعارض بين المفسدتين أو الضررين، فإذا تعارضت مفسدتان روعيت أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، فانتهاك حرمة جسد الميتة بشقه مفسدة، ولكنها لا تتناسب مع مفسدة ترك الحي يموت داخل بطنها مع إمكانية إنقاذه.

الاتجاه الثاني: إذا ماتت الحامل وفي بطنها جنين حي، فلا يجوز شق بطنها وإخراجه، بل يترك لأمر الله وقضائه، وهو ما أخذ به المالكية والحنابلة، وقال به بعض الحنفية، وكانت أدلتهم في ذلك ما يلي:- [3]

١- حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" كسر عظم الميت، ككسر عظم الحي"، وبالتالي فجسد

---

[1]) انظر " تكملة البحر الرائق للطوري" المرجع السابق، ص ٢٣٣ .

[2]) سورة المائدة، الآية رقم ٣٢ .

[3]) انظر إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٩٩، ٢٠٠ .

الميت له حرمة مثل جسد الحي.

٢- أن سلامة الجنين أمر مشكوك فيه، فلا يجوز انتهاك حرمة الميت لأمر مشكوك فيه أو موهوم.

ونحن ننضم إلى الرأي الأول. أما أدلة الرأي الثاني فمردود عليها بأن الفقهاء القائلين بجواز الشق، اشترطوا مضي مدة زمنية يمكن للجنين العيش فيها. وقدروها بستة أشهر، وبعضهم اشترط سبعة أشهر، أو تسعة أشهر. كما أن التقدم العلمي الهائل في مجال الطب، أصبح قادراً على الجزم بأن الجنين حي من عدمه. كما يمكن المحافظة على حياته، بتوفير ما يلزم من أجهزة الإنعاش والحاضنات، والتي يمكن إنقاذه بها.

الحالة الثانية: إذا مات الجنين في بطن أمه، وأمه مازالت على قيد الحياة.

إذا مات الجنين في بطن أمه، فقد يتسبب ذلك في إصابة الأم بأضرار جسيمة. من أمثلتها: إصابة الرحم بأمراض قد لا تستطيع الشفاء منها، وقد لا تستطيع الإنجاب مرة أخرى. وفي هذه الحالة، قد يتمكن الطبيب من إخراج الجنين الميت بدون شق البطن. فإن استطاع ذلك فلا يجوز له اللجوء إلى عملية شق البطن؛ لأن شق البطن لا يجوز إلا للضرورة القصوى. وتعذر كل الوسائل التي يمكن إخراج الجنين بها.

ويستند ذلك إلى قول الشاطبي على أنه "اتفقت الأمة بل سائر الملل، على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين، النفس، والنسل، والمال، والعقل، وعلمها عند الأمة كالضروري"[1]

نخلص من ذلك إلى أن موقف المشرع المصري يشوبه القصور وعدم الدقة. عندما أورد النصوص الجنائية المتعلقة بالإجهاض عامة ومبهمة دون بيان موقفه من الضرورات الملحة التي فرضتها الحياة

[1] نفس المرجع السابق، ص٢٠٨.

العملية والعلمية، ويستلزم ذلك ضرورة إعادة النظر في تلك المسائل، بالاستناد إلى آراء الفقهاء المسلمين، وذلك حفاظا على حق الجنين، وحق أمه، دون تفضيل لحق منهما على الآخر.

المطلب الثاني

إجهاض جنين المغتصبة

تمهيد:-

أصبح الاغتصاب يتزايد في مجتمعاتنا، ويرجع السبب في ذلك إلى نزول المرأة إلى ميادين العمل، وانتشار البطالة، وتأخر سن الزواج، ونظرا لقلة الوازع الديني والأخلاقي، وكذلك ما ينشر عبر وسائل الإعلام الهابطة، وقد اعتبر البعض أن الاغتصاب مرض اجتماعي وانحراف نفسي، واتجه البعض الآخر إلى أن الاغتصاب عبارة عن دوافع وهمية لا شعورية، فالمغتصب يعاني من غرائز مكبوتة غير سوية يصاحبها مُلحات يريد تبريرها بأي وسيلة، فهذا المغتصب واعٍ ومدرك، إلا أن الكبت الذي يعانيه يجعله يفقد ضميره ويندفع بعدوانية تجاه فريسته.([1]) وقد ينتج عن ذلك جنين لا ذنب له، هذا الجنين يشكل عبئاً كبيراً على المغتصبة، بل يصيبها بأضرار معنوية

---

[1]) د. سامية الساعاتي، د. فكري عبد العزيز، "دراسة طفرة في جرائم الاغتصاب في مصر بسبب البطالة والمواقع الإباحية"، مقال منشور عبر مواقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١١/١٢/٨ - وقد كشفت دراسة حديثة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في مصر، أن ما يتم رصده إحصائياً وبصورة رسمية من حالات الاغتصاب، لا يمثل سوى ٥٪ من النسبة الحقيقية لحوادث الاغتصاب، فيوجد كثير من الحالات يتم التستر عليها وعدم الإبلاغ عنها، وحالات أخرى يكون الجاني فيها أحد أقارب المجني عليها، فيتم التكتم عنها خشية الفضيحة والعار، كما أثبتت الدراسة أن أعمار المغتصبات تتراوح ما بين ٢٩ إلى ٤٠ سنة، ومعظمهن لم يسبق لهن الزواج، وأن ٥٢٪ يعملن بمهن حرفية، ونسبة الأمية بين الجناة تصل إلى ٣٤٪، ويؤكد ٧٤٪ من الجناة أن انعدام التواجد الأمني في العديد من المناطق، هو ما يشجعهم على ارتكاب هذه الجرريمة، انظر موقع النت أدناه:-

http://www.masrawy.com/News/Egypt/Politics/2010/june/15/harss-egy.aspx?ref=rss

بالغة، ويحملها عبئاً يتمثل في نظرة المجتمع لها ووليدها. لذلك يثور الجدل حول فكرة إجهاض جنين المغتصبة، والناشئ عن علاقة آثمة دون رضائها.

و يزداد الأمر تعقيداً نتيجة اختلاف نظرة التشريعات إليه. فمعظم المجتمعات الغربية تنظر إلى هذه المسألة نظرة عادية، حيث أنها تبيح العلاقة غير الشرعية، بل تفرض قواعد لحمايتها. ولا تزال مجتمعاتنا العربية مجتمعات محافظة، حيث تشكل فيها العلاقة غير الشرعية جريمة تستحق العقاب. وبالتالي فإن وجود حمل شرعي أو غير شرعي، يمثل مسألة هامة بالنسبة لهذه المجتمعات. ولكن الأمر يتعلق هنا بوجود جنين ناتج عن حمل غير شرعي، وليس لوجود علاقة غير شرعية بين الطرفين. بل نتيجة جريمة اغتصاب، والتي تقع دون رضاء المرأة المغتصبة.

وقد نصت المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري على أن "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد ، فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها، أو كان خادماً بالأجرة عندها، أو عند من تقدم ذكرهم، يعاقب بالسجن المؤبد". ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يستعمل تعبير الاغتصاب، وإنما استعمل تعبير المواقعة. ومع ذلك فإن الفقه يجري على استعمال تعبيرالاغتصاب للدلالة على المواقعة.([1])

---

[1])وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٤٤٣٨٣٠٩٥ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٦ "حيث إن الحكم انتهى – من بعد –إلى ثبوت جناية مواقعة المجنى عليها بغير رضاها فى حق المتهم، كظرف مشدد لجناية القتل العمد الذى انتهى إلى ثبوتها فى حقه. لما كان ذلك، وكان مفاد النص فى المادة (١/٢٦٧) من قانون العقوبات – الواردة فى الباب الرابع فى شأن جرائم هتك العرض و إفساد الأخلاق من ذات القانون فى شأن الجنايات والجنح التى تحصل لآحاد الناس – يدل فى صريح لفظه وواضح معناه على أن تحقيق جريمة المواقعة تلك رهن ==

ويشترط لوقوع جريمة الاغتصاب، أن تكون المجني عليها أنثى وأن يتم الفعل في قبل المرأة وليس دبرها، وأن يتحقق إيلاج الرجل لها(1). كما يشترط ألا تكون المرأة راضية بهذا الفعل (باستثناء إذا تم هذا الفعل في حالة غياب الإدراك والتمييز لدى المغتصبة، وكذلك في حال وقوعها تحت إكراه مادي أو معنوي يعدم إرادتها، فلا يعتد

== بأن يكون الوطء المؤثم قانوناً قد حصل رضاء الأنثى المجنى عليها وهو لا يكون كذلك – على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – إلا باستعمال المتهم فى سبيل تنفيذه مقصده من وسائل القوى أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر فى المجنى عليها فيعدمها الإرادة ويقعدها عن المقاومة، وهو ما لا يتأتى إلا أن تكون الأنثى المجنى عليها لها حرية الممارسة الجنسية، وهى لا تكون كذلك إلا إذا كانت ذات إرادة وهو ما يقتضى بداية أن تكون الأنثى على قيد الحياة وترتبط من ثم تلك الحرية بهذه الإرادة – وجوداً وعدماً – ارتباط السبب بالسبب والعلة بالمعلول – لما كان ذلك، وكان البين من المفردات المضمونة أن الطاعن أقر بمحضر الضبط المؤرخ ٢٠٠٣/١٠/١٦ – والذى عليه الحكم فى الإدانة أنه قام بمواقعة المجنى عليها بعد أن تأكد من وفاتها ما بينما الثابت أيضاً من اعترافه بتحقيقات النيابة العامة – والتى استند إليه الحكم فى قضائه – أنه قرر حال مواقعته المجنى عليها كان يشعر بنبضات قلبها، وقد ثبت من تقرير الصحيفة التشريحية أنه تعذر فنياً – إثبات عما إذا كانت المواقعة قد تمت حال حياة المجنى عليها أم وفاتها – فإنه وإزاء ما تقدم- يكون الحكم المطعون فيه- وعلى ما يبين من مدوناته – لم يتقص أمر حياة المجنى عليها وقت العبث فى موطن العفة منها بلوغاً إلى غاية الأمر ذلك وبما ينحسم به – فإنه يكون قد تعيب – كذلك – بالقصور الذى يبطله لما كان ماتقدم، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون والإعادة وذلك بغير حاجة لبحث باقى أوجه الطعن الاخرى ". منشور عبر موقع :

http://kenanaonline.com/users/ashrafassy/topics/98436/posts/312832

(1) أما المشرع الفرنسي فقد تبنى مفهوماً أوسع للإيلاج، بحيث يشمل إدخال القضيب من دُبُر المرأة ايضاً، ويستوى في ذلك أن يكون المجني عليه امرأة أو رجلاً، فالجريمة تقع بكل فعل من أفعال الاتصال الجنسي.وهو ما نصت عليه المادة (٢٢٢- ٢٣)من قانون العقوبات الفرنسي:

Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, " commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ."ou surprise est un viol

المشرع برضاها في هذه الأحوال)· وليس من اللازم أن تقاوم المجني عليها المتهم وأن يمارس المتهم عليها مقداراً من العنف· بل إن للمحكمة أن تنتهي إلى توافر الإكراه، إذا استخلصت من وقائع الدعوى أن المتهم سلب إرادة المجني عليها بسبب ضعفها جسمانياً بالمقارنة بقوة المتهم الجسمانية·[1]

في هذه الظروف قد تلجأ المغتصبة إلى الإجهاض، والذي يقع في الغالب لأسباب تتعلق بالشرف والاعتبار وذلك من أجل التخلص من ثمرة هذا الاغتصاب الواقع عنوة عليها· وقد اختلفت التشريعات الوضعية في السماح بإجهاض الحمل الناتج عن اغتصاب· فبعضها نص صراحة على حق المرأة المغتصبة في إجهاض الجنين، ولكن بشروط معينة، مثل التشريع الأمريكي والتشريع الفرنسي· واتجه البعض الآخر إلى اعتبار الإجهاض في هذه الحالة عذراً مخففاً للعقاب، أو ظرفاً قضائياً مخففاً إذا قامت به الحامل أو أحد أقربائها حفاظاً على الشرف، مثل التشريع الأردني· وسكتت تشريعات أخرى عن التصدي لهذه الحالة، تاركة ذلك للفقه والقضاء والتي من بينها التشريع المصري· وهو ما سنتناوله على النحو التالي:-

أولاً: موقف الفقه المصري من إجهاض جنين المغتصبة·

التزم المشرع المصري الصمت حيال هذه المسالة، ولم ينص عليها صراحة ضمن نصوص الإجهاض· الأمر الذي دعا الفقه إلى التصدي لها، والبحث على الحل الأمثل الذي يتناسب مع حق المرأة وحق الجنين· ونتج عن ذلك انقسامهم إلى عدة اتجاهات ·

الاتجاه الأول: يرى أن المرأة ليست بحاجة للإجهاض في مثل هذه الحالة، وأرجع السبب في ذلك إلى أن لها حق الدفاع الشرعي ضد الرجل الذي يحاول الاعتداء على عرضها· كما أن المرأة الحامل لها الحق

---

[1]) د. غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٥٠٣ ·

في أن تحول دون حدوث هذا الحمل، وذلك باستعمال وسائل منع الحمل أو غيرها من الوسائل التي من شأنها ذلك. فإذا وقع الحمل يصبح من حق الجنين النمو والميلاد الطبيعي، ومن ثم لا يجوز الاعتداء عليه. يضاف إلى ذلك أن الاعتراف للمرأة بالحق في الإجهاض، يُخشى أن يؤدي إلى إساءة استعماله. فقد يكون هذا الحمل ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة رضيت بها المرأة الحامل، ثم تخلع عليها مظهراً إجرامياً من أجل التوصل إلى إباحة الإجهاض.[1]ومع ذلك إذا ما توافرت مقتضيات العمل العلاجي، وذلك في - أحوال استثنائية- كأن يكون المجني عليها في الاغتصاب صغيرة السن، أو مريضة ولا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة. يجوز في هذه الحالة إجهاضها.[2]

واتجه رأي آخر إلى عدم جواز إجهاض الجنين الناتج عن الزنا أو اغتصاب؛ استناداً إلى أن الإسلام دعا إلى الحفاظ على الجنين لأنه سيصير نفساً سواء أكان من نكاح أم سفاح. فلا يجوز الاعتداء على الجنين تحت مسمى مبررات الشرف أو السمعة أو الآلام النفسية. فالقول بجواز الإجهاض في هذه الحالة، يعد سبباً لفتح باب الرذيلة والإفلات من العقاب تحت دعوى الاغتصاب.[3]

الاتجاه الثاني: يقرر أن الحمل السفاح يؤدي إلى ظهور أبناء ليس لهم آباء، الأمر الذي يؤدي إلى وجود مشاكل جسيمة وأضرار بالغة فيما يتعلق بالجنين وبالأم وأخيراً المجتمع. وقد يكون المغتصب أكثر من شخص تناوبوا اغتصاب المرأة، ولا يمكن السعي وراء المغتصب لإقراره

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٨ ، أيضاً انظر د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ١١٥ .

[2]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٨ .

[3]) راجع في ذلك د. شحاته عبد المطلب حسن أحمد، المرجع السابق، ص٦٤ .

ببنوة الصغير. وحتى لو أمكن تحديد والد الطفل في هذه الحالة عن طريق تحليل البصمة الوراثية D.N.A، فإن نسبة الطفل الذي ثبت الحمل منه بناءً على زنا أو اغتصاب هو أمر غير ثابت شرعاً. وبالتالي يسمح للمرأة بالتخلص من الجنين الذي أتى سفاحاً، وذلك مع مراعاة الحذر الشديد وطبقاً لظروف تنظيمية دقيقة.[1] فيجوز للطبيب إجهاض المرأة لتخليصها من هذا الحمل، بشرط أن يثبت بدليل رسمي أن الحمل كان ثمرة لفعل غير مشروع. وعدم توافر الرضاء الصحيح للمرأة المغتصبة. ويدخل في نطاق ذلك أيضاً، الحمل الناتج عن تلقيح صناعي تم دون رضاء الحامل.[2]

واتجه رأي في الفقه إلى جواز إجهاض المغتصبة، بشرط أن يتم ذلك قبل مرور أربعة عشر يوماً من بداية الاغتصاب. وكان تقدير هذه المدة استناداً لما أقرته بريطانيا في قانون يسمح بنقل نواة بشرية إلى بويضة حيوانية من أجل تخليق الأجنة. وكان هذا القانون قد اشترط لإتمام ذلك ألا يزيد عمر هذا الأجنة عن أربعة عشر يوماً. ويرى أيضاً ضرورة إنشاء الدولة لمراكز طبية مخصصة لاستقبال حالات الاغتصاب، وأن تجرى الإجراءات اللازمة للقضاء على أثر جريمة الاغتصاب عن المغتصبة. فضلاً عن اتخاذ الإجراءات القضائية في شأن هذه الجريمة.[3]

الاتجاه الثالث: يرى أن مسألة الإجهاض مسألة شرعية يتعين دراستها. فإذا جاز إجهاض المرأة المغتصبة، فيتم بعد ذلك الحديث عن الآثار

---

[1]) م. طه الشريف، مقال منشور بجريدة الأهرام بعنوان، "مشروع قانون بإباحة إجهاضها يثير الجدل، جنين المغتصبة في مهب الريح"، منشور بتاريخ ٤ ديسمبر ٢٠٠٧، السنة ١٣٢، العدد ٤٤١٩٢، ص ٢٥ .

[2]) انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٢٢ .

[3]) د. محمد رأفت عثمان، مرجع جريدة الأهرام، سابق الإشارة إليه.

التي يمكن ترتبها على السماح بالإجهاض. وفي حالة إجازة الإجهاض، يلزم أن يتم ذلك في الأيام الأولى من الحمل، لأن انتظار الفتاة لفترة كبيرة من مرور الحمل، يعني قبولها لهذه النتيجة. ومع ذلك فإن إباحة الإجهاض في هذه الحالة، قد يؤدي إلى انحراف بعض الفتيات؛ وذلك استناداً إلى جواز الإباحة، ومن ثم ارتكاب الفاحشة، وفي حالة إجهاضها تدعي أنها مغتصبة، بالإضافة إلى خشية اتساع نطاق جرائم إجهاض الأطباء، بحجة أنها لإنقاذ المغتصبة. فالأمر إذن بحاجة لعلاج أخلاقي وديني، فالمسألة تحتاج إلى علاج بعيد المدى للمجتمع كله.(1)

وفي رأينا يجوز إجهاض جنين المغتصبة، بشرط أن يتم ذلك خلال المائة وعشرين يوماً الأولى من الحمل وأن يكون الجنين ناتجاً عن اغتصاب دون رضائها، وأن يشكل هذا الحمل عبئاً نفسياً على المرأة وأهلها. ويكون ذلك سبباً في تذكيرها بما تعرضت له من حادث أليم. أما بعد مرور هذه الفترة الزمنية، فلا يجوز الإجهاض. بل بعد فوات هذه المدة، يعد دليلاً على رضاء المغتصبة بوجود الحمل.

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من إجهاض جنين المغتصبة.

اتجهت بعض التشريعات إلى اعتبار الحمل الناشئ عن علاقة غير شرعية، من الظروف المخففة للعقاب وليست من موانع العقاب. من بينها التشريع الأردني. فعلى الرغم من أن هذا التشريع لم ينص صراحة على ذلك، إلا أنه نص في مادته ٣٢٤ عقوبات أردني على أن "تستفيد من عذر مخفف، المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها، ويستفيد كذلك من العذر نفسه، من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٣٢٢، ٣٢٣) للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباً حتى الدرجة الثالثة". فالمشرع حاول التخفيف من

---

(1) د. فوزية عبد الستار، مرجع جريدة الأهرام سابق الإشاره إليه.

عناء المرأة المغتصبة وأقاربها. ولكنه اشترط للإستفادة من هذا العذر عدة شروط وهي:-

١) يلزم أن تكون غاية الإجهاض، هى مراعاة ظروف المغتصبة. فالمشرع يراعي الحالة النفسية والصحية للمرأة المغتصبة، فيجعل من إجهاضها عذراً مخففاً. وعلى ذلك إذا تم الإجهاض لأي دافع آخر كالفقر أو الانتقام، فلا يستفاد من هذا العذر المخفف.

٢) حدد القانون المستفيدين من هذا العذر. وهم المرأة الحامل، والأشخاص ذوي القربى حتى الدرجة الثالثة. وبالتالي إذا أجرى الإجهاض أحد أقارب المرأة الحامل من الدرجة الرابعة أو الخامسة، فلا يستفاد منه. ولو كان من أجل الحفاظ على شرف المرأة.

٣) يستفاد من هذا العذر المخفف أيضاً مرتكبو الجرائم المنصوص عليها في المادتي (٣٢٢، ٣٢٣) عقوبات أردني.(١)

٤) يلزم أن يكون الحمل نتيجة علاقة غير شرعية. أما إذا كان هذا الجنين ناتجاً عن علاقة زواج شرعية، فلا يجوز لها الاستفادة من هذا العذر. وذلك لعدم توافر الحكمة من التخفيف.

وقد انتهج المشرع السوري ما صار عليه المشرع الأردني، حيث نص في مادته ٥٣١ عقوبات سوري على أن " تستفيد من عذر مخفف المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها، ويستفيد كذلك من العذر نفسه، من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين(

---

(١) المادة ٣٢٢ عقوبات اردني" ١- من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. ٢- وإذا افضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة، عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات".

- المادة ٣٢٣ عقوبات اردني" ١- من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها، عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد عن عشر سنوات، ٢- ولا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا افضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة".

٥٢٨، ٥٢٩) للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثانية".(¹)

أما المشرع الفرنسي، فلم ينص صراحة على إجهاض المرأة المغتصبة، إلا أنه باستقراء ما نص عليه قانون الصحة العامة، نجد أن الفقرة الأولى من المادة ٢٢١٢ نصت على أن" للمرأة الحامل التي توجد في حالة عسر أو"ضيق"، أن تطلب من طبيب أن ينهي هذا الحمل، ولا يجوز هذا الإنهاء إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل".(²) وقد اتجه الفقه الفرنسي إلى تفسير حالة العسر أو الضيق، بأن المرأة قد تكون في حالة ضيق، أو اكتئاب نفسي نتيجة كونها ضحية لجريمة اغتصاب. أو كون الحمل ناشئاً عن علاقة غير شرعية، لا تبغى جنيناً من ورائها. بشرط أن يتم ذلك وفقاً لضوابط معينة حددتها المادة(٢٢١٢- ٢) من قانون الصحة العامة.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا الأيرلندية — سنة ٢٠١٠- في قضية تتلخص وقائعها في أن الفتاة X كانت تبلغ من العمر ١٤ سنة،

---

¹) تنص المادة ٥٢٨ عقوبات سوري" ١- من اقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة أو محاولة إجهاضها برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. ٢- وإذا افضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة، عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة من أربع إلى سبع سنوات. ٣- وتكون العقوبة من خمس سنوات إلى عشر سنوات، إذا تسبب الموت عن وسائل أشد خطراً من الوسائل التي رضيت بها المرأة".

- كما تنص المادة ٢٢٩ عقوبات سوري" ١- من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها، عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل. ٢- ولا تنقص عقوبته عن عشر سنوات، إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة".

²) Code de la santé publique. Article (2212-1) "La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse."

وحملت نتيجة تعرضها لاغتصاب، وهو ما دفع والديها إلى ترتيب إجراء إجهاضها في انجلترا- حيث أن الإجهاض محظور في إيرلندا- وطلب والداها من الشرطة الإيرلندية إمكانية استرجاع الفحوصات الطبية التي أجريت على أغشية الجنين، وذلك لمعرفة هوية المغتصب، غير أن النائب العام عندما علم بذلك، أصدر أمر تحذيري يقيد خروج X مع والديها ووقف إجراءات إنهاء حملها، فعاد والداها من انجلترا للطعن في هذا القرار، وفي ٢٦ فبراير عام ١٩٩٢ قضت المحكمة العليا في أيرلندا بموافقة أغلبية أعضائها على إلغاء هذا الأمر التحذيري، واستند رئيس المحكمة العليا في ذلك إلى اعتبارات العدالة، فعلى الرغم من إقرار الدستور الإيرلندي حق من لم يولدوا بعد في الحياة، إلا أنه تضمن أيضاً مراعاة حق الأم في الحياة، كما استندت المحكمة إلى اعتبارات أخرى من بينها وضع الأم في الأسرة التي تكون فيها، وكذلك المجتمع الذي تعيش فيه وتفاعلها مع كافة الأفراد المحيطين بها، ومن ثم يمكن إنهاء حق الجنين في الحياة، متى ثبت وجود خطر لا مفر له يهدد حياة الأم الحامل، فإذا ثبت وجود خطر حقيقي وجوهري على الحق في الحياة، والذي لا يمكن تجنبه إلا بانهاء الحمل، ففي هذه الحالة يكون الإجهاض جائزاً، ويؤخد في الاعتبار خطر إقبال المرأة على الانتحار في التوفيق بين حياة الأم وحياة الجنين، وأكدت المحكمة اقتناعها بما تم تقديمة من أدلة، واستيفائها للشروط المنصوص عليها، والتأكيد على وجود خطر حقيقي وكبير على حياة الأم، قد يؤدي إلى تدميرها نفسياً ما لم يتم إنهاء حملها.(١)

---

1) Judgmeht of the Supreme Court in the *X* case. Referred to: Case of A, B and C v. Ireland. (Application no. 25579/05), judgment. Strasbourg 16 December 2010.

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من إجهاض جنين المغتصبة

فرق علماء المسلمين بين الحمل الناشئ عن علاقة زنا برضا الطرفين، وبين الحمل الناشئ عن جريمة اغتصاب، وذلك على النحو التالي:-

أ) الحمل الناشئ عن علاقة زنا ٠

ذهب المتأخرون من الشافعية والمالكية والشيعة الإمامية والإباضية، إلى عدم جواز الحمل الناشئ عن زنا مطلقاً ٠ ولم يفرقوا في ذلك بين ما إذا كان برضاها أم لا ٠(١)

وجاء في نهاية المحتاج "أما حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع، فلا شك في التحريم، وأما قبله فلا يقال أنه خلاف الأولى، بل محتمل للتنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ، لأنه جريمة، نعم ولو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز، فلو تركت حتى نفخ الروح فلا شك في التحريم، ولو كان الوطء زنا والموطوءة حربية، فلا شك أنه غير محترم من الجهتين" ٠(٢)

أما الحنفية والحنابلة وبعض الشيعة الزيدية ٠ فقد اتجهوا إلى إباحة الإجهاض في الأربعين يوماً الأولى من الحمل، وذلك بدون سبب ٠ ويدخل في ذلك إجهاض الحمل الناتج عن زنا، وترجع أدلتهم في ذلك إلى ما يلي:- (٣)

١) أن النطفة في الأربعين الأولى، لا حياة فيها، ولا حرمة لها ٠ فلكونها ناتجة عن زنا، فيجوز إسقاطها ٠

٢) أن بقاء الحمل حتى يظهر، فيه مفسدة من جهة الأم ومن جهة الجنين ٠ فالأم يلحقها العار بظهوره، أما الجنين فينقطع نسبه من

---

(١) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ١١٧ ٠

(٢) د. إبراهيم محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٩ ٠

(٣) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ١٧٦ ٠

أبيه. فضلاً عن نظرات المجتمع إليه، فمن الأفضل أن يسقط قبل أن ينفخ فيه الروح.

وذهب غالبية العلماء المعاصرين إلى عدم إجازة الإجهاض مطلقاً. وذلك إذا كان الحمل ناشئاً عن جريمة زنا برضا الطرفين، ولا تستطيع أن تستفيد من الاتجاهات التي أجازت إسقاط الحمل، حتى ولو قبل نفخ الروح. وقد استدلوا على ذلك بالآتي:-

١) قال تعالى {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى}(١)، فالجنين لا ذنب له فيما ارتكبته أمه، وبالتالي لا يجوز لها إسقاطه خوفاً من تعرضها للعار والفضيحة، فالنفس لا تتحمل وزر غيرها.

٢) ما روي عن المرأة الغامدية، عندما جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يارسول الله: إني زنيت فطهرني، فردها الرسول صلى الله عليه وسلم، فلما كان الغد، قالت: يارسول الله لم تردني؟، لعلك تردني كما ردت ماعزاً فوالله إني لحبلى، فقال إما لا فاذهبي حتى تلدي، قال: فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: فاذهبي حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة من خبز، فقالت هذا يارسول الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع بالصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها، فأقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها، فتنضح الدم على وجه خالد فسبها، فسمع نبي الله سبه لها، فقال: مهلاً ياخالد، فهو الذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له".(٢)

---

١) سورة الأنعام، الأية رقم١٦٤.

٢) صحيح مسلم، شرح النووي، لمحي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الشافعي،(٦٣١-٦٧٦)هـ، " حد الزنا"، الجزء الحادي عشر، دار الريان للتراث، سنة ١٩٨٧م- ١٤٠٧هـ، ص ٢٠١ وما بعدها.

٣) أن القول بجواز الإسقاط خلال أربعين يوماً(عند من أجازوا ذلك)، فهو على سبيل الرخصة، والرخص لا تناط بالمعاصي.
٤) أن إجازة إسقاط جنين الزانية، يعد فتحاً لذريعة الشر والفساد، فإجازة ذلك يعد تشجيعاً لها على ارتكاب الفاحشة، ثم التخلص من آثارها، وهو ما يناقض قاعدة سد الذرائع، فما يؤدي إلى حرام فهو حرام.([1])

ومع ذلك إذا توافرت حالات الضرورة، يجوز الإجهاض. على الرغم من كونه ناتجاً عن حمل سفاح، والتي تتلخص في الآتي:([2])
١) المرأة التي لم يثبت أمام القضاء زناها، ولم تستوجب بالتالي حداً، وإن كانت عالمة بحقيقة ما صدر منها. فهي مطالبة بستر نفسها، وطلب التوبة من الله سبحانه وتعالى. فإذا ألجأتها الضرورة إلى إجراء الإجهاض، فيتم ذلك قبل نفخ الروح في الجنين.
٢) المرأة التي ثبت زناها ولم تكن محصنة. فهي تتمتع بسائر الأحكام التي تتعلق بالحامل من نكاح صحيح. وذلك في حالة توافر ضرورة الحفاظ على حياتها من الخطر أو لأسباب طبية تدعو لها.
٣) المرأة التي ثبت أنها أكرهت على الفاحشة (الاغتصاب). فيعتبر ذلك ضرورة متى توافرت شروطها، ولها الحق في الإجهاض متى كان ذلك قبل نفخ الروح.وهو ما سنعرض له.

ب) الحمل الناشئ عن جريمة اغتصاب.

إذا كان الحمل ناشئاً عن جريمة اغتصاب، وما أكثر هذه الجريمة البشعة في هذا الزمان. فإن الحكم الشرعي لهذه الحالة قد انقسم فيه الفقهاء. حين فرقوا بين حكم إجهاض الجنين الناتج عن جريمة اغتصاب قبل نفخ الروح فيه، وبعد نفخ الروح. وذلك على

---

[1]) د. هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص٢٦٦ .كذلك انظر د. إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٣٢ .

[2]) مشار إليه د. محمد على البار، المرجع السابق، ص ٦٢ .

النحو التالي:-

١) **قبل نفخ الروح:** اتفق جمهور الفقهاء على إجازة الإجهاض في الأربعين الأولى، وذلك بدون مسوغ.[1] وقد استدلوا على ذلك ببعض الأدلة والتي منها:-

- استناداً إلى قواعد الضرورة والتي منها "الضرر يزال"، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، و"الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة". فإذا وقع ضرر على الأم الحامل نتيجة وجود ثمرة في أحشائها غير راضية باحتضانها، فدرء المفاسد يترجح على المحافظة على حياة الجنين الذيي لم يتخلق بعد.

- قد يترتب على استمرار الحمل، إصابة الحامل بأمراض جسيمة واضطرابات نفسية؛ الأمر الذي يجعله محل خطر على حياتها. بل قد أورد بعض الحنفية جواز الإسقاط في حال انقطاع لبن المرضع بسبب الحمل، وليس لأبي الطفل ما يستأجر به من الظئر. ولا يوجد امرأة تتبرع بإرضاعه. فعند الموازنة بين الحالتين، يعتبر إجهاض جنين المغتصبة أولى بالجواز لوجود الحاجة والضرورة إلى ذلك.

أما إذا مرت الأربعون يوما الأولى وقبل نفخ الروح، فيتم التفرقة بين أمرين:[2]

الأول: إذا كانت الآثار الناتجة عن الاجهاض غير محتملة الوقوع، وبالإمكان التخفيف من وقوعها. فلا ضرر للجنين على أمه، وعلى المغتصبة في هذه الحالة أن تصبر وتحتسب، ولها أجرها عند الله إلى أن يجعل الله لها مخرجا.

الثاني: إذا كانت آثار الإجهاض محتملة الوقوع، بحيث يخشى عليها إذا بقي حملها أن تُقبل على الانتحار. أو أن تصاب بمرض عقلي، لكون الحمل يذكرها بما حدث لها. ففي هذه الحالة يمكن القول

---

[1]) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ١٣٦ .

[2]) نفس المرجع السابق، ص ١٣٨ .

بالجواز، ويستدل على ذلك بالأتي:-

١- أن الحنفية ذكروا من الأعذار ما هو أدنى من ذلك، فيمكن القياس على ما ذكروه من أعذار،

٢- أن المرأة لا يد لها فيما حدث، فالقول بجواز إجهاضها قبل نفخ الروح يعد تخفيفاً عما حدث لها من هذه الجريمة الشنعاء،

ب) بعد نفخ الروح:- أجمع العلماء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، ولم يجيزوا الإجهاض إلا في حالة الضرورة،([1]) وهو ما ذكره غالبية الفقهاء المعاصرين، وبالتالي يمكننا القول بجواز الإجهاض بعد نفخ الروح، والذي أجازه الفقهاء عند توافر حالة الضرورة وتوافر شروطها.

وقد أيد ذلك ما صدر من فتوى شيخ الأزهر، والتي قرر فيها أن "جواز إجهاض جنين الاغتصاب، بشرط أن تكون المغتصبة حسنة السمعة ورافضة لما حدث، وأضاف أن كل امرأة تعلم بحدوث الحمل في الأسابيع أو الشهور الأولى من الحمل، وأنه لا حرج شرعاً أن تذهب للطبيب في بداية الحمل، لتزيل آثار هذا العدوان حماية لعرضها وكرامتها، وذكر أيضاً أنه قد توجد فتاة أخرى حدث لها حمل نتيجة اغتصاب، لكنها تشعر بارتياح لما حدث، ففي هذه الحالة لا يجوز إجهاضها، وكل حالة ولها ظروفها ونتائجها"،([2])

كما أكدت دار الافتاء المصرية، أن إجهاض المغتصبة وإعادتها عذراء جائز شرعاً، وقررت أنه لا مانع شرعاً من إصدار تشريع ينظم ذلك، مع وضع الضوابط التي تحكم ذلك كما سبق وبينا، ولا نرى داع للتكرار،

---

[1]) حاشية بن عابدين، المرجع السابق، ص ١٨٥ ،

[2]) الدكتور. محمد سيد طنطاوي ، في ختام الموسم الثقافي للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمسجد النور بالعباسية، منشور عبر موقع النت، تاريخ الزيارة ٢٠١١/١٢/١٩ ،
www.al-fath.net/new

الفصل الثاني
العقوبة والتدابير الاحترازية فى جرائم الإجهاض

تمهيد:

العقوبة هي الجزاء الذي يقرره القانون، فتوقيع الجزاء على الجاني يعتبر رد فعل اجتماعي من جانب المجتمع. ويكون ذلك نتيجة فعل الجاني غير المشروع، والمتمثل في الضرر أو الخطر الذي يهدد مصلحة يحميها القانون. وتهدف العقوبة إلى تحقيق العدالة وهو الهدف الأدبي الأول للعقوبة. أما الهدف النفعي لها فيتمثل في الزجر والإصلاح. وتخضع العقوبات لمبدأ الشرعية الجنائية، وبالتالي يجب أن تكون العقوبة مقررة بنص القانون. فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص.(1)

---

(1) قضت محكمة النقض بأن "من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها على مقتضى المادة ٦٦ من الدستور، أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولكي يحقق النص التشريعي العلة من وضعه، يجب أن يكون كاملاً مبيناً الفعل الإجرامي والعقوبة الواجبة التطبيق، فإذا نهى الشارع عن فعل ولم يقرر له عقوبة أو قرر عقوبة ولم يبين الفعل الذي يوقع من أجله، فلا سبيل إلى تطبيق هذه النصوص، وإذا كان يمكن أن يتضمن القانون النص على عقوبات نوعية سواء كانت تبعية أو تكميلية يراعى في النص عليها طبيعة الجريمة، إلا أنه يتعين لكي يحقق النص التشريعي العلية من تطلبه وتحقيقاً لمبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات، أن يكون العقاب الأصلي أو الأساس المباشر للجريمة متضمناً عقوبة من العقوبات الأصلية المنصوص عليها في الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات والتي توقع منفردة بغير أن يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى، فإذا لم يكن النص التشريعي كاملاً مبيناً للعقوبة الواجبة التطبيق- على نحو ما سلف- فإن تطبيق القاضي له يعني الخروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لما كان ذلك وكان الثابت أن نص المادة الثالثة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ الأنف الذكر، وإن تضمن بياناً للفعل المنهي عنه، إلا أنه لم يقرر له عقوبة من العقوبات الأصلية المنصوص عليها في قانون العقوبات، ومن ثم لا سبيل إلى تطبيقه من جهة المحاكم" نقض ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢، الطعن رقم ١٠١٠٣ لسنة ٥٩ ق، "المجموعة العشرية الجنائية من أول يناير ١٩٩١ حتى ديسمبر ٢٠٠١".

أما التدابير الاحترازية فهي تدابير وقائية إصلاحية، توقع على الأشخاص الذين يتوقع خطورتهم على المجتمع. هذه التدابير تهدف إلى منع وقوع الجريمة مستقبلاً، أي يمكن القول بأنها تدابير وقائية خشية وقوع الجريمة. فضلاً عن علاج الجاني وإعادة تأهيله اجتماعياً. وتتفق التدابير الاحترازية أو الوقائية مع العقوبات، في أن كليهما يعتبران رد فعل اجتماعي ناتج عن ارتكاب الجريمة. فضلاً عن أن كليهما مقرران بنص القانون ويتم توقيعهما بمعرفة السلطة القضائية.

وتختلف التدابير الاحترازية عن العقوبات، في أن العقوبة تكون عن خطأ ارتكبه الجاني. أما التدابير الاحترازية فإنها تواجه خطورة يتسم بها شخص الجاني. كما أن العقوبة تشتمل على الإيلام. أما التدابير الاحترازية فليس لها أي معنى للوم وإنما تهدف إلى حماية المجتمع؛ وذلك بإعادة تأهيل شخص الجاني. يضاف إلى ذلك أن العقوبة محددة المدة، بينما التدابير فالأصل أنها غير محددة المدة. فالقاضي لا يستطيع تحديد الوقت الذي ينتهي فيه هذا التدبير، والأصل في التدبير أنه قائم إلى أن يزول خطر الجاني. كذلك فإن العقوبة تسقط بمضي المدة، بينما يمكن تنفيذ التدابير بعد سقوط العقوبة. كما لا يخضع التدبير الاحترازي إلى نظام إيقاف التنفيذ. ولا يؤثر العفو عن العقوبة على وجوب اتخاذ التدبير الاحترازي(1). ويتوقف تنفيذ العقوبة على صيرورة الحكم نهائياً. أما التدابير الاحترازية فيعجل بتنفيذ الحكم الصادر بها.(2)

ترتيباً على ذلك، إذا انتهى النشاط الإجرامي للجاني في جريمة

---

(1) نصت المادة ٧٤ من قانون العقوبات المصري على أن " العفو عن العقوبة المحكوم بها يقتضي إسقاطها كلها أو بعضها، أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقررة قانوناً".

(2) للمزيد راجع في ذلك، د.عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ١٠١٠ .

الإجهاض، وذلك بتحقيق النتيجة الإجرامية التي حظرها المشرع، وهي إنزال الجنين قبل موعد ولادته الطبيعية- سواء أكان حياً أم ميتاً- فإن ذلك يستوجب توقيع العقوبات المنصوص عليها قانوناً، سواء أكان الجاني هي المرأة الحامل نفسها أم شخص الغير.

ونلاحظ أن جرائم الإجهاض تعددت صورها- كما سبق وبينا- واختلفت عقوباتها تبعاً لذلك، فبعض صورها اعتبرتها التشريعات الجنائية من قبيل الجنح، والبعض الآخر منها اعتبرتها من قبيل الجنايات، وذلك نظراً لمدى الخطورة الإجرامية في هذه الحالات.

وسنتناول في هذا الفصل العقوبات، سواء الأصلية منها أم التبعية والتكميلية، وكذلك نتعرض لبيان التدابير الاحترازية عن جرائم الإجهاض، سواء في التشريعات الوضعية، أم في التشريع الجنائي الإسلامي، وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول:- عقوبة الإجهاض في التشريعات الوضعية.

المبحث الثاني:- عقوبة الإجهاض في التشريع الإسلامي.

المبحث الأول
عقوبة الإجهاض في التشريعات الوضعية

تمهيد:-

اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية في إفراد العقوبات الخاصة بجرائم الإجهاض، وذلك تبعاً لاختلاف نظرة تلك التشريعات لمدى خطورة الفعل الإجرامي الناشئ عن تلك الجريمة، وسوف نتعرض لبيان هذه العقوبات والتدابير الإحترازية عن جريمة الإجهاض، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول:- العقوبة المقررة لجرائم الإجهاض.

المطلب الثاني:- التدابير الاحترازية لجرائم الإجهاض.

المطلب الأول
العقوبة المقررة عن جرائم الإجهاض

تمهيد:

تنقسم العقوبات من حيث استقلالها عن بعضها إلى نوعين، فالأول منها هي العقوبات الأصلية وهي الجزاء الرئيسي للجريمة، والذي يحدده المشرع ويقرره القاضي سواء من حيث نوعها أم مقدارها، أما النوع الثاني فيتمثل في العقوبات غير الأصلية، والتي قد تكون عقوبة تكميلية وهي التي توقع استكمالاً أو بالإضافة إلى عقوبة أصلية، سواء أكانت وجوبية أم جوازية، أو كانت عقوبة تبعية وهي التي تترتب بقوة القانون إلى جانب العقوبة الأصلية، دون حاجة لأن ينطق بها القاضي في حكمه، وسوف نتعرض لبيان تلك العقوبات من خلال بيان جرائم الإجهاض، وذلك على النحو التالي:-

الفرع الأول:- العقوبات الأصلية في جرائم الإجهاض.

الفرع الثاني:- العقوبات التبعية والتكميلية عن جرائم الإجهاض.

الفرع الأول
العقوبات الأصلية في جرائم الإجهاض

تمهيد:-

تختلف العقوبات الأصلية عن جرائم الإجهاض، وذلك تبعاً لاختلاف صورها. وتختلف التشريعات الجنائية الوضعية في توقيع تلك العقوبات. فبعض هذه التشريعات اعتبرت صور هذه الجرائم من قبيل الجنح مثل التشريع الفرنسي، ومن ثم توقيع عقوبة الحبس أو الغرامة أو الاثنين معاً. والبعض الآخر اعتبر بعض صورها من قبيل الجنح ومن ثم تكون عقوبتها الحبس. والبعض الآخر من قبيل الجنايات ومن ثم توقيع عقوبة السجن المشدد، مثل القانون المصري. وسوف نتعرض لبيان تلك العقوبات تبعاً لصور جرائم الإجهاض باختصار، وقد سبق أن استعرضنا هذه الصور بوضوح في الباب الأول من هذا البحث.

أولاً: إجهاض الحامل نفسها.

يقصد بإجهاض الحامل لنفسها- كما سبق وبينا- الإجهاض الواقع من المرأة على نفسها. أو الإجهاض الواقع على المرأة من قبل الغير، ولكن بناء على طلبها أو رضاها. وترجع العلة في إرادة المشرع عقاب المرأة التي تجهض نفسها؛ إلى أن الحق محل الحماية هو حق الجنين في استمرار حياته، واكتمال نموه الطبيعي داخل الرحم حتى موعد ولادته الطبيعية . لذلك يقع على المرأة واجب الحفاظ على جنينها، وتعاقب في حالة إجهاضها له؛ ذلك لأن فعلها يعد اعتداء على حق الجنين المقصود أصلاً بالحماية، وليس لاعتدائها على نفسها. فإن هي أرادت إيذاء نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقبها عليه القانون.(1) ووسع من نطاق هذا الالتزام، فلم يقصره

(1) د. حسن محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

على التزام الحامل بألا تجهض نفسها وهو التزام سلبي، بل ألزمها بمنع الغير من إجهاضها، وهو التزام ذو موضوع إيجابي .([1])

وتفترض هذه الصورة أن الحامل قد أتت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها دون إيحاء من الغير، وذلك باستعمال وسائل إجهاض ترى أنها موصلة إلى غايتها، كأن تتناول أدوية تسبب الإجهاض أو أن تقوم بإدخال بعض الأجسام أو الآلات إلى الرحم، الأمر الذي ينتج عنه إجهاضها، وقد تكون الحامل قد أتت فعل الإجهاض بناء على اقتراح الغير، وقد تقوم بتمكين الغير من إتيان فعل الإجهاض على جسمها، ولا أهمية لنوع الوسيلة التي تستخدمها الحامل في إجهاض نفسها.

ترتيباً على ذلك يستوي لاعتبار الحامل فاعلاً في جريمة إجهاض نفسها أن تقوم بفعل إيجابي كتعاطي الدواء المؤدي إلى الإجهاض عن علم، أو أن يقتصر دورها على أمر سلبي هو عدم المعارضة في الوسيلة عن علم بالقصد منها، فالمرأة الحامل تعتبر دائماً فاعلة أصلية إذا رضيت بأن يجهضها الغير، أو باستعمال الوسائل المؤدية للإسقاط مع العلم والرضا بها .

وقد اعتبر قانون العقوبات المصري هذه الصورة - من صور جرائم الإجهاض- جنحة عقوبتها الحبس، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٢ عقوبات مصري على أن "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة، يعاقب بالعقوبة السابق ذكرها (أي عقوبة الحبس)".

كما اعتبره قانون العقوبات الكويتي من قبيل الجنايات([2])، بنصه

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٤ .

[2])نلاحظ أن كل جريمة معاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، هي ==

في المادة ١٧٦ عقوبات كويتي على أن "كل امرأة حامل تناولت عقاقير أو مواداً أخرى مؤذية أو استعملت القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصدة بذلك إجهاض نفسها فأجهضت، أو سمحت للغير بإجهاضها على الوجه السالف الذكر، تعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".(١)

وسواء أجهضت المرأة الحامل نفسها بنفسها، أو لجأت إلى الغير من أجل القيام بذلك. ففي كلا الحالتين تعتبر فاعلة أصلية في جريمة الإجهاض. وتخضع بذلك لنفس العقوبات الواردة بالنصوص السابق ذكرها.

وجدير بالذكر أن معظم التشريعات الجنائية التي جرمت إجهاض المرأة نفسها، لم تجعل من رضائها سبباً لإباحة الفعل؛ ذلك لأن الحق المراد حمايته، لا يعد ملكاً للمرأة الحامل تتصرف فيه كيفما تشاء. ومن ثم لا يباح الاعتداء على حق الجنين ولو تم برضائها.

ثانياً: إجهاض الغير للحامل.

== جنحة في القانون الكويتي. وإذا كان معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات فهي جناية.

(١) ونصت المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات الجزائري على أن"تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ٢٦٠ إلى ألف د ج، المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".

- كما نصت المادة ٣٢١ من قانون العقوبات الأردني أن "كل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل او استعله غيرها برضاها تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات".

- كما نصت المادة ٥٢٧ عقوبات سوري على أن"كل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات".

عدد الشارع جرائم الإجهاض، وجعل منها جرائم إجهاض الغير للحامل، والتي تتعدد صورها، فثمة ضوابط تميز بين هذه الجرائم ألا وهي صفة الجاني، وما إذا كان الفاعل هو المرأة نفسها أو شخص الغير، وإذا كان الفاعل هو الغير، فيتعين التمييز بين ما إذا كان قد استخدم العنف أم لا، في هذه الحالة الأخيرة قد يكون استعمال العنف إختيارياً أي برضاء المرأة الحامل، أو إجبارياً أي يقع كرهاً عنها، وقد تعددت صور إجهاض الغير للحامل وذلك على النحو التالي:-

الصورة الأولى: إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة.

تفترض هذه الصورة توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض، بالإضافة إلى توافر ركنين سلبيين(1)، تتميز بهما عن جريمة الإجهاض وعن صورتها المشددة، فهذه الصورة تفترض أن المتهم شخص غير الحامل، وتفترض تجرد وسيلة الإجهاض عن العنف، سواء أكانت الحامل راضية بالفعل أم كانت غير راضية به، وهذا يعني أن تكون وسائل الإجهاض ليس فيها عنف أو نحوه من أنواع الإيذاء، وأن من قام به ليس طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة ، وبالتالي فإنه يجوز أن يكون الغير إمرأة حاملاً تقترف فعل الإجهاض على حامل أخرى،

وقد اعتبر قانون العقوبات المصري هذه الصورة - من جرائم الإجهاض- جنحة عقوبتها الحبس متى تحققت أركانها، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦١ عقوبات مصري على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها، سواء كان برضائها أم لا يعاقب بالحبس"،

واعتبر التشريع الكويتي هذه الصورة من قبيل الجنايات، وذلك

---

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٠ ،

وفقاً لما نصت عليه المادة ١٧٤ عقوبات كويتي بأن "كل من أعطى أو تسبب في إعطاء أو تسبب في إعطاء امرأة حامل كانت أو غير حامل، برضاها أو بغير رضاها، عقاقير أو موادا أخرى مؤذية، أو استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصداً بذلك إجهاضها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألف دينار". ويلاحظ أن أهم ما يميز نص قانون العقوبات الكويتي، أنه عاقب على جريمة إجهاض الغير للمرأة ولو لم تكن حاملاً. وبالتالي إذا قام الغير بإجهاض المرأة واعتقد وقت ارتكاب الفعل أنها حامل على خلاف الواقع، فإنه يخضع لنفس العقوبة. هذا على خلاف ما اتجهت إليه معظم التشريعات الجنائية، والتي اعتبرت مثل هذه الحالة من قبيل الاستحالة القانونية.

أما قانون العقوبات الفرنسي فقد اعتبر هذه الصورة من قبيل الجنح. وذلك وفقاً لما تضمنته المادة(٢٢٢٢-٢- ١) من قانون الصحة العامة الصادر بقرار بقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٠، حيث نصت على أن "إنهاء الحمل من قبل الغير، يعاقب بسنتين، وبغرامة ٣٠ ألف يورو، عندما يمارس عن علم في إحدى الظروف الآتية:- (١)

---

1) Code de la santé publique. Article L(2222-2)" L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :

1° Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical ;

2° Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ;

3° Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions

١- بعد انتهاء المدة المسموح بها قانوناً (١٢ أسبوعاً من الحمل)، ما لم يتم ذلك لأسباب طبية.

٢- من شخص ليس له صفة طبيب.

٣- مكان غير مرخص له. ويعاقب عليها بخمس سنوات حبس، وبغرامة مقدارها ٧٥ ألف يورو، لو مارس المتهم هذا الفعل بشكل معتاد. ويعاقب على الشروع بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة.

الصورة الثانية: إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف.

تتطلب هذه الصورة توافر أركان جريمة الإجهاض، وذلك بأن تقع من شخص آخر غير الحامل مع استعماله لوسيلة معينة حددها الشارع بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، فيتوافر هذا الركن عند استعمال العنف في الإجهاض، مع افتراض عدم رضاء الحامل به. وترجع علة تشديد العقاب إلى أن الاعتداء لا يقتصر على حياة الجنين، وإنما ينال كذلك حق الحامل في سلامة جسمها.

ومتى تحققت جريمة الإجهاض في هذه الصورة، فإن قانون العقوبات المصري اعتبرها من قبيل الجنايات. وجعل عقوبتها السجن المشدد. حيث نص في مادته ٢٦٠ عقوبات مصري على أن "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد".

كما اعتبر قانون العقوبات الأردني هذه الصورة من قبيل الجنايات. حيث نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٢٣ عقوبات أردني

= prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.
Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement.
La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines."

على أنه "من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها، عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات".

ويعتبر قانون العقوبات الكويتي هذه الصورة من قبيل الجنايات، حيث نص في مادته ١٧٤ عقوبات كويتي على أن من "استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصداً بذلك إجهاضها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألف دينار".

وقد تضمن قانون الولايات المتحدة الأمريكية تحت بند "إجهاض الميلاد الجزئي"، النص في مادته ١٥٣١ في فقرتها الثالثة على أن "أي فرد لا يكون طبيباً أو لم تصرح له الولاية بأن يقوم بإجراء الإجهاض، وعلى الرغم من ذلك يقوم بمباشرة إجهاض الميلاد الجزئي، يخضع لأحكام هذه المادة (يُحكم عليه بالسجن لمدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة، أو بكليهما)"(١). ويلاحظ أن المرأة التي بشأنها يجرى إجهاض الميلاد الجزئي، تُسأل عن الاتفاق لارتكاب هذه الجريمة.(٢) وبالتالي فيمكننا استنتاج أن المقصود في الخضوع لهذه المادة هو الغير. وقد ساوى نص هذه المادة، بين ما إذا كان الفاعل طبيباً أم شخصاً غير مصرح له قانوناً بممارسة فعل الإجهاض(وهو ما نتعرض له لاحقاً)، حيث اعتبر هذه الصورة من قبيل الجنح.

---

1) U.S.Code . Article (1531), subsection (B)," However, That any individual who is not a physician or not otherwise legally authorized by the State to perform abortions, but who nevertheless directly performs a partial-birth abortion, shall be subject to the provisions of this section".

2) Article (1531), subsection (E) "A woman upon whom a partial-birth abortion is performed may not be prosecuted under this section, for a conspiracy to violate this section".

الصورة الثالثة: إجهاض الغير ذي الصفة للحامل.

تفترض هذه الصورة أن يكون المتهم شخصاً غير الحامل المراد إجهاضها، وأن تتوافر فيه صفة معينة حددها المشرع على سبيل الحصر، وهي أن يكون المجهض طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، وبالتالي لا يجوز أن تمتد هذه الصفة إلى غيرهم سواء بالقياس أم بالتوسع في تفسير النص.

والمرجع في تحديد صفة الجاني- كما سبق وذكرنا - هو القوانين واللوائح التي تحدد اكتساب هذه الصفة وفقدها، فإن كانت هذه الصفة قد زالت عنه قبل ارتكابه فعل الإجهاض، وذلك بحرمانه من ممارسة مهنته نهائياً، فإنه لا يؤخذ بالظرف المشدد لعدم توافره. أما إذا أوقف عن ممارسة مهنته مؤقتاً، فإنه يسأل بموجب الظرف المشدد، لأن الإيقاف المؤقت لا يفقده صفة الجاني([1])؛ ذلك أن الخطورة ماثلة في شخصه وغير مرتبطة بالمزاولة الفعلية للمهنة، فيتحقق الظرف المشدد، ولو أجرى الجاني الإجهاض دون أجر أو كان موقوفاً مؤقتاً عن ممارسة مهنته .

وترجع علة التشديد في هذه الصورة، في السهولة التي يصادفها ذو الصفة في ارتكاب الإجهاض؛ وذلك لحيازته الخبرة الفنية والوسائل والمواد التي تتيح إجراءه، مما يسهل له ارتكاب هذه الجريمة وتفادي ما ينتج عنها من أخطار مع إخفاء أمرها ، ويترتب على ذلك في كثير من الحالات تعدد الجرائم من جانب ذي الصفة أو العود إلى الجريمة، مما يكشف عن خطورة خاصة في الجاني، فإلى جانب ما يعنيه من تعدد الجرائم أو العود، هو يتضمن تيسيراً للإجهاض وتشجيعاً عليه، لذلك أراد المشرع أن يقابل سهولة ارتكاب هذه الجريمة بتشديد عقابها.

---

[1]) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٣ .

ويقتصر نطاق هذا الظرف على جريمة إجهاض الغير للحامل، فلا يمتد إلى جريمة إجهاض الحامل نفسها، أي أنه إذا كانت الحامل طبيبة أو صيدلية أو قابلة، وقامت بإجهاض نفسها، فتخضع للعقوبات المنصوص عليها تحت بند إجهاض الحامل نفسها، حيث لا تتوافر لديها علة التشديد.[1]

كما تعتبر هذه الصفة ركناً في الجريمة، ذلك لأنها تغير من وصف جريمة الإجهاض من جنحة إلى جناية، فيتأثر بها شركاؤه إن علموا بهذه الصفة- كما سبق وبينا في جزء المساهمة الجنائية- وقت ارتكاب الفعل الذي تحقق الاشتراك به، ولكن لا يتأثر بها الفاعلون معه، أما إذا لم يعلموا بتوافر هذه الصفة وقت ارتكاب الفعل، فلا يتأثرون بهذه الصفة.

وقد شدد قانون العقوبات المصري عقوبة هذه الصورة، وجعلها من قبيل الجنايات المعاقب عليها بالسجن المشدد، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٣ عقوبات مصري بأنه "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يحكم عليه بالسجن المشدد".

وبسبب خطورة هذه الصورة من جرائم الإجهاض، فإن قانون العقوبات الكويتي اعتبرها من قبيل الجنايات المعاقب عليها بالحبس، مع جواز الحكم بالغرامة، حيث تضمنت المادة ١٧٤ عقوبات كويتي النص على الآتي "فإذا كان الفاعل طبيباً أو صيدلياً أو قابلة من العاملين في المهن المعاونة لمهنة الطب أو الصيدلية، كانت العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز خمس عشر سنة، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز ألف دينار، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب

---

[1]) انظر د. محمود محمود مصطفى، المرج السابق، ص٢٩٨ ،انظر ايضاً د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٦٤١.

الأسنان والمهن المعاونة لهما".

فيلاحظ أن تشديد الجريمة من جنحة إلى جناية، يحدث في الحالة التي يكون فيها الطبيب أو الصيدلي فاعلاً أصلياً في الإجهاض وليس شريكاً فيه. وبالتالي إذا اقتصر فعل الإجهاض على التحريض أو المساعدة، كالصيدلي الذي يعطي المرأة الحامل دواءً مجهضاً أو يرشدها إلى ذلك الدواء فتتناوله ويؤدي إلى إجهاضها، فإن الفاعل هو المرأة الحامل. والإجهاض في هذه الحالة يعد من قبيل الجنح، ذلك أن الفاعل فيه هو المرأة الحامل والشريك هو الصيدلي. ويعاقب الصيدلي بعقوبة الجنحة كشريك فيها، لأنه يستمد إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي وفقاً للقواعد العامة. أما إذا أعطى الصيدلي أو الطبيب الحقنة المجهضة بإدخالها جسم المرأة الحامل وأدى ذلك إلى إجهاضها، فإنه يُسأل كفاعل أصلي في جناية الإجهاض. وتُسأل المرأة الحامل كفاعل أصلي في جنحة الإجهاض.

أما قانون الولايات المتحدة الأمريكية فقد أخضع الطبيب الذي يقوم بإجراء إجهاض الميلاد الجزئي لعقوبة الجنحة. والذي عرفه بأنه "إنزال جنينٍ حي بصورة عمدية من مهبل المرأة الحامل، فتخرج رأس الجنين أولاً، فيكون رأس الجنين كلية خارج جسم الأم، أو في حالة الإنزال المقعدي، أي إخراج جزء من الجنين يكون أبعد من السرة، خارج جسم الأم، مع علم الشخص بأنه سوف يقتل الجنين الحي الذي تم إنزاله".(1) وقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٣١

---

1) U.S.Code . Article (1531), subsection (b),"(1) the term “partial-birth abortion” means an abortion in which the person performing the abortion:-(A) deliberately and intentionally vaginally delivers a living fetus until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother, for the purpose of performing an overt act that =

على أن "أي طبيب يجري إجهاض ميلاد جزئي، عن علم بأنه يقتل جنينا بشريا، يُغرم بموجب هذا القانون، أو يسجن لمدة لا تتجاوز سنتين أو كليهما، ولا تنطبق هذه الفقرة على إجهاض الميلاد الجزئي الضروري لإنقاذ حياة الأم التي تتعرض حياتها للخطر، باضطراب بدني أو مرض بدني أو إصابة بدنية، أو الحالة البدنية التي تعرض حياتها للخطر والتي تكون ناشئة عن الحمل ذاته".(١)

وعرف قانون الولايات المتحدة مصطلح الطبيب بأنه "دكتور ممارس لمهنة الطب أو تقويم العظام، مصرح له قانونا بممارسة مهنة الطب والجراحة بواسطة الولاية التي فيها يقوم الطبيب بمثل هذا النشاط، أو أي فرد آخر مصرح له قانونا بممارسة الإجهاض، من جانب قانون الولاية".(٢)

= = the person knows will kill the partially delivered living fetus".

1) U.S. Code. Article (1531), subsection (a) "Any physician who, in or affecting interstate or foreign commerce, knowingly performs a partial-birth abortion and thereby kills a human fetus shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both. This subsection does not apply to a partial-birth abortion that is necessary to save the life of a mother, whose life is endangered by a physical disorder, physical illness, or physical injury, including a life-endangering physical condition caused by or arising from the pregnancy itself. This subsection takes effect 1 day after the enactment".

2) (U.S. Code . Article (1531), subsection (B)" (2) the term "physician" means a doctor of medicine or osteopathy legally authorized to practice medicine and surgery by the State in which the doctor performs such activity, or any other individual legally authorized by the State to perform abortions".

الفرع الثاني

العقوبات التبعية والتكميلية عن جرائم الإجهاض

تمهيد:-

لا توقع العقوبات التبعية والتكميلية بمفردها على الجريمة، بل تكون تابعة لعقوبة أصلية أو مكملة لها. وقد نصت بعض التشريعات الجنائية صراحة على العقوبات التبعية أو التكميلية الملحقة بأحكام نصوص الإجهاض بصفة خاصة. في حين لم تنص تشريعات أخرى على تلك العقوبات ومن بينها التشريع المصري. بل نص عليها ضمناً في القواعد العامة. ونظراً لأن معظم أحكام الإجهاض تخضع للقواعد العامة، فسوف نتناول ما يتناسب منها مع الطبيعة الخاصة لهذه الجريمة.

وتنفذ العقوبات التبعية إذا نفذت العقوبة الأصلية، وهي عقوبات تنفذ دون أن يصدر بها حكم قضائي. والعقوبات التكميلية قد تكون جوازية للمحكمة، وقد تكون وجوبية، فتلزم المحكمة بالحكم بها.

وقد نصت المادة ٤٥ من قانون العقوبات المصري، على أن العقوبات التبعية تتمثل في الآتي:- أولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٢٥ عقوبات. ثانياً: العزل من الوظائف الأميرية. ثالثاً: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس. رابعاً: المصادرة.

وسنعرض تلك العقوبات التبعية، والتي يمكن تطبيقها على جرائم الإجهاض، وذلك على النحو التالي:-

أولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٢٥ عقوبات مصري:

تعد هذه العقوبة من العقوبات التبعية الوجوبية، والتي تتبع كل حكم بعقوبة جنائية. ومن ثم يمكن تطبيق هذه العقوبة فيما يتعلق بصور جرائم الإجهاض التي شدد المشرع عقوبتها، وجعلها من

قبيل الجناية، والتي تتمثل في جريمة إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف، وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٠ عقوبات مصري، والتي جعلت عقوباتها السجن المشدد، كما تطبق أيضاً هذه العقوبات في جريمة إجهاض الغير ذي الصفة للحامل، والتي نصت عليها المادة ٢٦٢ عقوبات مصري، وذلك في حالة ما إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، والتي جعل عقوباتها السجن المشدد أيضاً، وتتمثل صور الحقوق والمزايا المحكوم بالحرمان منها في الآتي:-

أ) حرمانه من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهداً أو ملتزماً أياً كانت أهمية الخدمة: في حالة صدور الحكم على الجاني في جريمة إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف أو من تتوافر فيهم الصفة المنصوص عليها في المادة ٢٦٢ عقوبات مصري، فإن ذلك يستتبع حرمانه من التعيين في وظيفة عامة، ومن قبوله كمتعهد أو ملتزم، وفي حالة كونه موظفاً فيعزل من وظيفته، وهو ما يقتضي حرمانه من مرتبه دون حرمانه من المعاش.

ب) عدم أهليته للتحلي برتبة أو نيشان: فإذا كان حاصلاً على رتبة أو نيشان، فيتعين تجريده منها. وإذا لم يكن متحلياً بها من الأصل، فلا تكون له أهلية التحلي بالرتبة أو نيشان تمنحه الحكومة له.

ج) عدم قبول شهادته أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال: لا يجوز السماح لمرتكب جرائم الإجهاض المنصوص عليها بالمواد ٢٦٠، ٢٦٢ عقوبات مصري، بأن يؤدي الشهادة أمام المحاكم طوال مدة العقوبة المحكوم بها عليه، وذلك لعدم الثقة فيه، ولكن يجوز سماع شهادته على سبيل الاستدلال، أي بدون حلف يمين، وبعد فوات المدة المحكوم بها عليه، يجوز إعادة أهليته له في آداء الشهادة.

د) حرمانه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله: تضمنت هذه الفقرة حرمان المحكوم عليه في جناية، من إدارة أشغاله الخاصة

بأمواله وأملاكه طوال مدة اعتقاله، وعلى المحكوم عليه أن يعين قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها، وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي المصلحة في ذلك، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة، ويكون القيم الذي تقره المحكمة أو تنصبه تابعاً لها في جميع ما يتعلق بقوامته،

ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف في أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية، وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغياً من ذاته، وتُرد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته،

هـ) حرمانه من يوم الحكم عليه نهائياً من البقاء عضواً في احد المجالس الحسبية، وكذلك مجالس المديريات أو المجالس البلدية أو المحلية، وكذلك أي لجنة عمومية أو أن يكون خبيراً أو شاهداً في العقود إذا حكم عليه نهائياً بعقوبة السجن المشدد، وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من هذه المادة، ويلاحظ أن هذا الحرمان يقتصر على الإسقاط، ولا يمنع من إعادة التعيين أو الانتخاب فيها،

ثانيا: العزل من الوظائف الأميرية:

العزل هو عقوبة تبعية لكل حكم صدر بعقوبة جناية[1]وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٥ عقوبات مصري، ولم يتضمن قانون العقوبات المصري نصاً خاصاً بعزل الموظف المحكوم عليه بجناية في جرائم

---

[1]) نصت المادة ٢٦ من قانون العقوبات المصري على أن"العزل من وظيفة أميرية هو الحرمان من الوظيفة نفسها ومن المرتبات المقررة لها، وسواء كان المحكوم عليه بالعزل عاملاً في وظيفته وقت صدور عليه أو غير عامل فيها، لا يجوز تعيينه في وظيفة اميرية ولا نيله أي مرت يقدرها الحكم، وهذه المدة لا يجوز ان تكون اكثر من ست سنين ولا اقل من سنة واحدة"،

الإجهاض. ومع ذلك يمكننا القول بأنه متى صدر ضد مرتكب جريمة الإجهاض حكم بعقوبة جناية، أن يتم عزله من الوظيفة العامة المعين بها إذا كان طبيباً أو صيدلياً في مستشفى عام أو أي جهة عامة أخرى. بل قد أجاز المشرع المصري توقيع هذه العقوبة على من كان يشغل وظيفة عامة، وتركها قبل الحكم عليه.

اما قانون العقوبات الجزائري فقد نص ضمن تدابيرالأمن، والتي تشتمل عليها نصوص جرائم الإجهاض. على أنه إذا كان الإجهاض من قبل الأطباء أو الصيادلة، أوالقابلات، وجراحي الأسنان وشبه الطبيين وطلبة الطب بمختلف فروعه وتخصصاته، أو تم بتدبيرهم أو مساعدتهم، تجيز المادة ٣٠٦ الحكم على الجاني علاوة على العقوبات المنصوص عليها في المواد ٣٠٤، ٣٠٥ عند الاقتضاء بتدبير من تدابير الأمن. يتمثل في حرمانه من ممارسة مهنته لمدة لا تتجاوز خمس سنوات. ويجوز أن يأمر بالنفاذ المعجل لهذا التدبير وفقا لنص المادة ٢٣ من قانون العقوبات الجزائري.

كما نصت المادة ٥٣٢ عقوبات سوري في الفقرة الثالثة منها على أنه "ويستهدف المجرم فضلاً عن ذلك للمنع من مزاولة مهنته أو عمله، وإن لم يكونا منوطين بإذن السلطة أو نيل شهادة". وبالتالي فقد جعل المشرع السوري عقوبة المنع من مزاولة المهنة عقاباً تكميلياً، فضلاً عن العقوبات الأصلية المنصوص عليها في جرائم الإجهاض.

ثالثاً- المصادرة.

نصت المادة ٣٠ عقوبات مصري على أنه "يجوز للقاضي إذا حكم بعقوبة الجناية أو جنحة، أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة وكذلك الأسلحة والآلات المضبوطة التي استعملت أو التي من شأنها أن تستعمل فيها، وهذا كله بدون إخلال بحقوق الغير حسن النية". فتتم المصادرة بنزع ملكية مال له صلة

بالجريمة، وذلك جبراً عن مالكه وإضافته إلى ملك الدولة دون مقابل، متى صدر حكم قضائي بذلك.

ترتيباً على ذلك يجوز مصادرة الآلات والأشياء المستخدمة في ارتكاب جرائم الإجهاض وكذلك المواد المجهضة، متى تم ضبطها قبل صدور الحكم. ويشترط أن تكون هذه المصادرة خاصة، بمعنى أنه لا تقع إلا على الأشياء التي استعملت في الجريمة. ولا يجيز القانون المصري المصادرة إلا بناء على حكم قضائي.

وبالإضافة إلى المصادرة الجوازية كعقوبة تكميلية، والمنصوص عليها في المادة ٢٤عقوبات مصري. نصت المادة٣٠ عقوبات على المصادرة الوجوبية كعقوبة تبعية بقولها "وإذا كانت الأشياء المذكورة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته، وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال، ولو لم تكن تلك الأشياء ملكاً للمتهم". فهذا النوع من المصادرة جائز الحكم به، إذا كانت المواد المجهضة (الأدوية) حيازتها أو تصنيعها أو استعمالها يعد جريمة.

المطلب الثاني

التدابير الاحترازية في مجال جرائم الإجهاض

التدابير الاحترازية - كما سبق وبينا- هي تدابير وقائية وإصلاحية، توقع على الأشخاص الذين يتوقع خطورتهم على المجتمع. هذه التدابير تهدف إلى منع وقوع الجريمة مستقبلاً، أي يمكن القول بأنها تدابير وقائية خشية وقوع الجريمة. فضلاً عن علاج الجاني وإعادة تأهيله اجتماعياً .وتتفق التدابير الاحترازية أو الوقائية مع العقوبات، في أن كليهما يعدا رد فعل اجتماعي ناتجاً عن ارتكاب الجريمة. فضلاً عن أن كليهما مقرر بنص القانون، ويتم توقيعهما بمعرفة السلطة القضائية، وسبق أن بينا وجه الاختلاف بينهما .

ويلاحظ أن القانون المصري لم يضع تدابير مستقلة فيما يتعلق بنصوص جرائم الإجهاض، غير أنه قد اعتبر بعضها من قبيل العقوبات التبعية. وبالتالي فهي تخضع للقواعد العامة المقررة للعقوبات[1]. ونظراً لأن جريمة الإجهاض تخضع في معظم أحكامها للقواعد العامة، فيمكن تطبيق ما يتناسب من هذه التدابير على مرتكبي جرائم الإجهاض، والتي منها:-

١) ما نصت عليه المادة ٣٣٩، ٣٤٢ من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تتضمن تدبير وضع المجانين في المستشفيات المخصصة لهم، في حال ارتكابهم الجرائم، وبالتالي فإذا كان مرتكب جريمة الإجهاض مجنوناً أو مصاباً بعاهة عقلية، فيمكن تطبيق هذا التدبير عليه.

٢) العقوبات المقررة للمجرمين الأطفال.

٣) الحرمان من الوظائف العامة- كما سبق وبينا في العقوبات التبعية- ومن حق مزاولة المهنة، فمن يكون المتهم في جريمة الإجهاض من قبيل الأطباء والجراحين والصيادلة، فيمكن منعهم من مزاولة مهنتهم، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٦من قانون العقوبات الجزائري بالحرمان من ممارسة مهنته لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، ويجوز أن يأمر بالنفاذ المعجل لهذا التدبير وفقا لنص المادة ٢٣ من قانون العقوبات، كما نصت المادة ٣١١ من قانون العقوبات الجزائري على الحكم على الجاني بقوة القانون بالمنع من ممارسة أي مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في المؤسسات العمومية أوالخاصة للتوليد أو لأمراض النساء مثل المستشفيات والعيادات ودور الولادة، وتختلف المادتان في أن المادة ٣٠٦ تقضي بحرمان الجاني من ممارسة مهنته فحسب، في حين تقضي المادة ٣١١ بالمنع من ممارسة أي

---

[1]) نقض ٢٨ فبراير ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الثالث، ص ٣٥، رقم ٢٦ . كذلك نقض ٢٤ مايو ١٩٤٣، مجموعة القواعد القانونية، الجزء السادس، ص ٢٦١، رقم ١٦٣

مهنة أو أداء أي عمل في المؤسسات العامة.كما أن حكم المادة ٣٠٦ مقصور على الأطباء وما شابههم. في حين تطبق المادة ٣١١ على كل من ارتكب جريمة ذات صلة بالإجهاض. يضاف إلى ذلك أن تطبيق حكم المادة ٣١١ بقوة القانون في حين أن حكم المادة ٣٠٦ جوازي.

٤) حظر إقامة المحكوم عليه في جرائم الإجهاض. وذلك كما نص قانون العقوبات الجزائري، بأنه يجوز الحكم على الجاني بالمنع من الإقامة، وذلك لمدة لا تتجاوز خمس سنوات طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون العقوبات الجزائري.

٥) المصادرة الخاصة، مثل مصادرة المواد المستعملة في جرائم الإجهاض. وكذلك الآلات والوسائل والأشياء التي تستعمل في تلك الجرائم، وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٠ عقوبات مصري.

٦) إغلاق المحلات والصيدليات التي يباع بها الجواهر المستعملة في الإجهاض. والتي يتم ترويجها والإعلان عنها من خلال تلك المحال.

المبحث الثاني
عقوبة الإجهاض في التشريع الإسلامي

تمهيد:-

يعد العقاب ضرورة اجتماعية لا غنى عنها في أي مجتمع، وذلك من أجل الحفاظ على أمنه واستقراره. وقد شدد النظام العقابي الإسلامي عقوباته، من أجل زجر مرتكبها والحيلولة دون وقوع الجريمة مرة أخرى. ومن هنا تظهر أهداف العقوبة في التشريع الإسلامي، والتي تتمثل في التخويف والزجر. فالتخويف يكون ببيان سوء عاقبة الجريمة للأفراد وزجرهم إذا أقدموا على ارتكابها. كما تهدف أيضاً إلى الزجر والإصلاح، فإنزال العقوبة على الجاني يعد رادعاً له وتحذيراً من العودة إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، بل وإصلاحه وتهيئته للتوبة والإصلاح. وإذا أثبتت الجريمة مدى خطورة الجاني، فيتم استئصاله عن المجتمع بصورة نهائية وذلك كما في حالة عقوبة القصاص. وتهدف العقوبة كذلك إلى تحقيق العدالة، فالعقوبة جزاء ينزله المجتمع بالجاني مقابل الأذى الذي أنزله الجاني بالمجني عليه. فالعقوبة تسعى إلى تحقيق العدالة في المجتمع وإرضاء الشعور العام لأفراد المجتمع، ومن ثم تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع.

وقد اختلفت عقوبة الاعتداء على الجنين بإسقاطه في الفقه الإسلامي، وذلك نتيجة اختلاف النتائج التي يسفر عنها فعل الجاني. فالقلة من الفقه ترى وجوب توقيع عقوبة القصاص. بينما يرى البعض الآخر توقيع عقوبة الضمان المالي، والذي يتمثل إما في الغرة أو الدية. وقد اختلف الفقه حول مدة وجوب الكفارة، وسنتناول هذه العقوبات على النحو التالي:-

المطلب الأول
القصاص

أولاً: مفهوم القصاص والحكمة منه وأدلة مشروعيته.

القصاص في اللغة: يعني أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، النفس بالنفس والجرح بالجرح.(1)

القصاص في الإصطلاح: يقصد به أن يستوي الإنسان ممن اعتدى عليه بمثل ما اعتدى. وقيل: أنه يعني المساواة.(2)

وترجع الحكمة من القصاص في أمرين: الأول، أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك. فالقاتل بغير حق يصير حرباً على أولياء القتيل خوفاً على نفسه منهم. فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه. والشرع مكنهم من قتله قصاصاً لدفع شره عن أنفسهم، وإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه. أما الأمر الثاني، فيتمثل في أنه حياة بطريق الزجر، لأن من قصد القتل إذا تفكر في عاقبة أمره بأنه سوف يقتل به، فإنه سوف ينزجر عن قتله. فيكون ذلك حياة لهما معاً.(3)

ومن أدلة مشروعية القصاص قوله تعالى" وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ"(4)**، وقوله تعالى"** وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ "(5)**. وقال تعالى "** يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ "(6)

---

1) المعجم الوسيط، الجزء الثاني، ص ٧٤٦ .

2) د. محمود محمد حسن، " التشريع الجنائي الإسلامي، عقوبة القتل"، طبعة ٢٠٠٦، ص ٥٥

3) المرجع السابق، ص ٦٣ .

4) سورة المائدة، الأية رقم ٤٥ .

5) سورة البقرة، الأية رقم ١٧٩ .

6) سورة البقرة، الأية رقم ١٧٨ .

ثانياً: حكم القصاص في الإجهاض.

اتجه بعض فقهاء المالكية إلى وجوب القصاص في الإجهاض. حيث ورد في حاشية الدسوقي "إن تعمد الجاني الجنين بضرب بطن أو رأس أو ظهر لأمه(أم الجنين)، فنزل مستهلاً ثم مات، ففيه القصاص بقسامة أو الدية بقسامة في مال الجاني لتعمده خلاف، والراجح في تعمد البطن أو الظهر القصاص، وفي تعمد الرأس الدية في ماله كتعمد ضرب يد أو رجل".([1])

واتجه بعض الظاهرية إلى أن الجاني متى تعمد الاعتداء على الجنين، فإنه يعاقب بالقصاص ولو انفصل الجنين عن بطن أمه ميتاً. ولا يشترط انفصاله حياً ثم موته بعد ذلك، طالما أن الاعتداء وقع بعد نفخ الروح فيه.([2])

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف في بطنها قاصداً قتلها، فأسقط منها جنينين أحدهما أصابه بالسيف فنزل ميتاً، والثاني نزل حياً، ثم بعد ذلك مات وماتت المرأة. ففي هذه الحالة يعاقب الجاني بالقصاص في قتل المرأة عمداً، ويدفع غرة للجنين الذي خرج من بطنها ميتاً، ويدفع دية كاملة للجنين الذي خرج من بطنها حياً.([3])

واتجه رأي في الفقه الحديث إلى أنه متى كان الاعتداء على الجنين واقعاً بعد نفخ الروح فيه، وكان الجاني قاصداً قتل الجنين بهذا الاعتداء فمات الجنين، فإن الجاني يعاقب بالقصاص. يستوي أن يتم ذلك بعد انفصاله عن أمه أو قبل ذلك، ما لم يعف عنه من له حق العفو من الأولياء. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الجاني

---

[1]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٦٨ .

[2]) د. منال مروان منجد، المرجع السابق، ص ٣٤١ .

[3]) د. عبد العزيز محمد حسن، المرجع السابق، ص ٧١ .

قصد قتل آدمي حي حرم الله قتله.(١) وذلك استناداً إلى قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ}.(٢)

وفي المقابل ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا قصاص في إجهاض الجنين بعد نفخ الروح؛ ذلك لأن عقوبة الإجهاض محددة بموجب نصوص السنة النبوية والأحاديث الشريفة. فالرسول صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة على عاقلة الضارب. ويدل هذاعلى أن الجناية على الجنين لا تكون عمدية، لأن العاقلة لا تحمل دية العمد، وإنما تكون في مال الجاني. فالجناية على الجنين لا يتصور فيها العمد، لأن العمد يتطلب قصد الجاني قتل الجنين. وهذا القصد يتطلب العلم والتيقن بوجوده وحياته، وهو أمر بعيد التصور. كما أن القصاص أساسه المساواة فلا تؤخذ نفس كاملة بنفس من وجه دون وجه.(٣)

وفي رأينا عدم وجوب القصاص عن إسقاط الجنين، حتى ولو بعد نفخ الروح؛ ذلك لأنه لا يتصور أن تؤخذ حياة إنسان حي يتمتع بكامل الحقوق والواجبات، مقابل جنين لا يعلم بقاؤه واستمرار حمله من عدمه. ونرى أنه تكفي الغرة، وذلك استناداً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم، بأن عقوبة الإجهاض هي الغرة. فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقضي أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة،

---

(١) د.عباس شومان، المرجع السابق، ص ٩٨ .

(٢) سورة البقرة، الآية رقم ١٧٨ .

(٣) د. منال مروان، المرجع السابق، ص٣٤١ .

وقضي بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم ".([1]) وأكد الإجماع على ذلك.

المطلب الثاني
الضمان المالي

الضمان في اللغة: يعني جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه، فتعني الالتزام. فيقال ضمنت المال إذا لزمته، وتعني أيضاً الكفالة بالشيء وعلى الشيء. ومنها التغريم، فيقال ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه.([2])

ويقصد بالضمان في الاصطلاح: كفالة النفس وكفالة المال، ويطلق على غرامة المتلفات والتغييرات الطارئة. ويطلق أيضاً على ضمان المال والتزامه. كما يطلق على ما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات والكفارات.([3])

والضمان المالي يتمثل في الدية، ومنها الغرة أيضاً. والدية مشتقة من الأداء، ولأنها مال مؤدى في مقابله متلف ليس بمال. والغرة بضم العين وتشديد الراء تعني خيار المال كالفرس. وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة، وتعني الغرة أيضاً العبد أو الأمة.([4])

وتعني الدية في الاصطلاح: اسم للمال الذي هو بدل للنفس. وقيل هي المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية.([5])

أ) متى تكون دية الجنين التي تجب فيها الغرة؟

اشترط الفقهاء لوجوب دية الجنين التي تجب فيها الغرة، أن يخرج

---

[1]) صحيح مسلم، شرح النووي، لمحي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الشافعي،(٦٣١-٦٧٦)هـ،"حد الزنا"، دار الريان للتراث، سنة ١٩٨٧م- ١٤٠٧هـ، الجزء الثاني، ص ٤٤ .

[2]) القاموس المحيط، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٢٤٥ .

[3]) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٣٤١، ٣٤٢ .

[4]) المعجم الوسيط، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٦٤٩ .

[5]) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٥٧٣ .

الجنين ميتاً. فقال مالك "كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة"، وقال الشافعي "لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة كإصبع أو نحوها، أو أن تشهد القوابل على أنها أصل آدمي". فإذا نزل الجنين حياً كأن استهل صارخاً ثم مات مباشرة أو مات متألماً ولو بعد فترة ففيه دية كاملة. وإن نزل حياً وبقي زماناً بلا ألم ثم مات، فلا ضمان لاحتمال وجود سبب آخر.(1)

واتجه فقهاء الأحناف وبعض الشافعية، إلى أن خروج الجنين من بطن أمه حياً ثم موته بسبب فعل الجاني، يستوجب دية كاملة وكفارة. وفي ذلك يقول الكاساني "إذا ما ألقى الجنين حياً فمات ففيه الدية كاملة، لا يرث الضارب شيئاً وعليه الكفارة: أما وجوب الدية والكفارة، فلأنه خرج حياً فمات علم أنه كان حياً وقت الضرب، فحصل بالضرب قتل النفس وأنه في معنى الخطأ".(2)

ويرى الحنابلة وبعض الشافعية وأشهب من المالكية، وقول ربيعة والليث أنه إذا سقط الجنين ميتاً بعد موت أمه بجناية عليها، فإن هذا يوجب الغرة في الجنين والدية في أمه. فيقول الشافعي "وإذا قتلت المرأة حاملاً يتحرك ولدها أو لا يتحرك ففيها القود، ولا شيء في جنينها حتى يزايلها، فإذا زايلها ميتاً قبل موتها أو معه أو بعده فسواء، وفيه غرة قيمتها خمس من الأبل". وجاء في الحاوي للماوردي "إذا ضربها فماتت وألقت جنينها ميتاً، فعليه ديتها، وغرة في جنينها، سواء ألقته قبل موتها أو بعده".(3)

وإذا ماتت المرأة بسبب شربها للدواء بعد أن خرج ولدها حياً، ثم مات بسبب الاعتداء عليه بالقتل، فإن الجاني يعاقب بدفع ديتين: دية

---

(1) د. محمد على البار" مشكلة الإجهاض، دراسة فقهية طبية"، المرجع السابق، ص ٤٨ .

(2) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٦٧ .

(3) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٤١٤، ٤١٥ .

المرأة، ودية الجنين. لأن لكل منهما حقاً مستقلاً عن الآخر، لوجود سبب وجوبهما، وهو قتل شخصين.[1]

أما إذا انفصل جزء من الجنين ولم تنفصل باقي أجزاؤه عن أمه. ففي ذلك قولان، الأول: وهو مذهب الشافعية والحنابلة وبعض المالكية، إلى وجوب الغرة إذا ظهر بعض الجنين من بطن أمه بعد الجناية عليها، ثم مات ولم يخرج باقيه. فقد جاء في المغني "وأما إن ظهر بعضه من بطن أمه، ولم يخرج باقيه ففيه الغرة"[2]. وقال الشافعي "ولو خرج منها شيء تبين فيه خلق إنسان، من رأس أو يد أو رجل أو غيره، ثم ماتت أم الجنين، ولم تخرج بقية الجنين ضمن الأم والجنين، لأني قد علمت أنه جني على جنين في بطنها بخروج بعضه، ولا فرق بين خروج بعضه وكله في علمي، بأنه جنيّ على جنين".[3]

أما القول الثاني: فذهب الحنفية والمالكية إلى أن الغرة لا تجب حتى تلقيه أمه، وينفصل عنها انفصالاً كاملاً، ولا يكفي انفصال بعضه. فقال الإمام مالك "ولم أسمع أحداً يخالف في أن الجنين لا تكون فيه الغرة، حتى يزايل بطن أمه ويسقط من بطنها ميتاً، فإذا خرج بعضه ثم ماتت، فقد قال الشيخ أبو إسحاق لا شيء فيه".[4]

ب) مقدار الغرة.

اختلف الفقهاء حول تقدير الغرة، وذلك إلى عدة أقوال:-

القول الأول: وفقاً لهذا الرأي تقدر الغرة بنصف عشر دية أمه، وبعض فقهاء القول الأول أوجبوا ثمن الغرة وليداً أو جارية مهما بلغ ذلك

---

[1]) د. عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص ٧١ .

[2]) المغني، لابن قدامة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ٨٠٢ .

[3]) الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ، مطابع دار الفكر، بيروت سنة ١٣٨٨ هـ- ١٩٦٨ م.

[4]) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٤٣٥ .

الثمن. وبعضهم قدرها بعشرة آلاف درهم، وبعضهم قدرها بدينار ذهباً.(1)

القول الثاني: تكون قيمة الغرة في الحر غير المسلم هي نصف عشر دية الحر المسلم، وهي خمس من الأبل. ولا تصح أن تكون الدية أقل من ذلك. وتجب الغرة في الجنين الحر المسلم، ولو كانت أمه كافرة وزوجها مسلم؛ لأنه محكوم بإسلامه بدون خلاف. ولا فرق بين كون الجينن المعتدى عليه ذكراً أو أنثى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما.(2)

القول الثالث: وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء، بأن الغرة مقدرة، وأن مقدارها نصف عشر دية الحر الذكر، وعشر دية الأنثى، لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. وهذا المقدار يساوي خمساً من الأبل، بناء على أن دية الرجل مائة من الأبل، ومن الذهب خمسين ديناراً، ذلك لأن أصل الدية ألف دينار للرجل. وأما الفضة فعند الحنفية خمسمائة درهم، لأن الدية من الفضة عشرة آلاف درهم. وعند بعض الأئمة ستمائة درهم، لأن أصل الدية عندهم من الفضة اثنا عشر ألف درهم.(3)

وفي حال الأجنة الساقطة يُقدر في كل جنين غرة. وفي حال اشتراك جماعة في ضرب امرأة، فألقت جنيناً أو أجنة، فإنهم يشتركون في دفع الغرة، وتقسم عليهم بالحصص.(4)ويرجع السبب في ذلك إلى أن:- (5)

---

(1) د. محمد على البار، "خلق الانسان بين الطب والقرآن"، المرجع السابق، ص ٤٤٢ .

(2) المغني لابن قدامة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ٥٣٠، ٥٣٦ .

(3) انظر تكملة البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص ٢٨٩ .

(4) المغني لابن قدامة، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص ٥٤٣، ٥٤٤ .

(5) د. بدر محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص٢٨٦ .

١- أن الغرة ضمان آدمي، فتتعدد بتعدده كالديات.

٢- أن الأجنة المتعددة لو سقطت من أكثر من امرأة بالاعتداء عليهن، تعددت الغرة بحسب الأجنة المجهضة. فكذلك لو سقطت هذه الأجنة من امرأة واحدة بالاعتداء عليها.

٣- أن الفعل يتعدد بتعدد أثره، فإذا ترتب على الاعتداء على الحامل سقوط عدة أجنة. فإن هذا الاعتداء يعتبر متعدداً بحسب تعدد الأثر الذي ترتب عليه. الأمر الذي يوجب لكل اعتداء منها غرة.

٤- قياساً على ما لو أتلف شخص بضربة شخصين كبيرين، فيجب عليه ضمان كل واحد منهما. كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب، فكذلك هنا لأن الإتلاف يستوي فيه الجمع والإفراد.(١)

وجاء في حاشية ابن عابدين "ولو ألقت جنينين تجب غرتان، وإن خرج أحدهما حياً فمات، والآخر ميتاً فغرة ودية، وإن ماتت الأم ثم خرجا ميتين تجب دية الأم وحدها، إلا إذا خرجا جنينين فماتا، فثلاث ديات. وعلى هذا القياس، وإن خرج أحدهما قبل موت الأم بعد موتها وهما ميتان، ففي الذي خرج قبل غرة، ولا شيء في الذي خرج بعد".(٢)

وقال الشافعي "إذا ألقت المرأة أجنة موتى قبل موتهما وبعده، فذلك كله سواء، وفي كل جنين منهم غرة، ولها ميراثها مما ألقته وهي حية، وما ألقته بعد الموت لم ترثه لأنه لم يخرج، وهي ترثه، ولم يرثها؛ لأنه لم يخرج حياً فيرثها، وإنما يرث الأحياء. وإذا ألقت جنينين يجمعهما شيء من خلق الانسان، لم يلزم عاقلته إلا دية جنين واحد، وذلك أن تلقي بدنين مفترقين في رأس واحد، أو في

---

(١) إبراهيم بن محمد قاسم، ص ٥٤٨.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص٦٢٨.

رقبتين مفترقتي الصدرين واليدين ويجمعهما رجلان أو أربعة أرجل".([1])

ج) على من تجب الدية أو الغرة.

الدية في الإجهاض تكون في الأم وفي الجنين. واختلف الفقه حول من تجب عليه الدية. فالبعض ذهب إلى أن هذه الدية يتحملها المتسبب في الإجهاض، والبعض الآخر ذهب إلى أنها تجب على العاقلة. وقد يتحملها بيت المال عند بعض الفقه في بعض في بعض الأحوال، وذلك بحسب نوع الجناية وحسب المتسبب في الإجهاض. وذلك على النحو التالي:-

الاتجاه الأول: اتجه جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى أن الدية تجب على المتسبب في الإجهاض؛ وذلك بشرط أن تكون الآلة التي جني بها مما يؤدي إلى القتل غالباً. أما الحنفية فيشترطون أن تكون الآلة محددة، فلا يعد القتل بالمثقل كالعصا الغليظة أو الحجر الكبير عمداً عندهم.([2]).

أما المالكية فلم يشترطوا ذلك، لأنهم اعتبروا أن كل ما يتعمده الإنسان من ضربة أو لطمة أو لكزة أو حجر أو قضيب أو غيره فهو عمد. والعمد يجب فيه القصاص، ويسقط بالعفو عنه، وتكون دية مغلظة في ماله. وأجمع العلماء في هذا الاتجاه على أن العاقلة لا تحمل العمد.([3]) ويتحمل المتسبب في الإسقاط الدية، في إحدى الصور الآتية:- ([4])

١- إذا كانت الجناية مقصوداً بها الأم، وأجهضت الجنين وماتت

---

[1]) الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص١١٦ .

[2]) حاشية ابن عابدين، المرج السابق، الجزء السادس، ص ٥٦١، ٥٦٢ .

[3]) المغني لابن قدامة، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص ٧٧٥ .

[4]) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٥٥٧ .

بالجناية، سواء انفصل منها الجنين أم لم ينفصل.

٢- إذا أجهض الأم طبيب ليس له دراية بالطب، فإن العلماء اختلفوا في ضمانه. والضمان سواء كان من دية أم غرة، يكون على المتسبب في ماله.

٣- إذا أدب الزوج زوجته الحامل كما في حالة النشوز، وتعمد الإسراف والعدوان وماتت الزوجة. فإن هذا عمد يكون الدية فيه في مال الجاني.

الاتجاه الثاني : اتجه الشافعية والحنفية - وهو ما نميل إلى ترجيحه- إلى أن الدية تجب على العاقلة. واستدلوا على ذلك بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن امرأتي هذيل، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بغرة عبد أو أمه، وأن ميراثها لبنيها وزوجها. وأرجعوا السبب في ذلك إلى أن الجناية المتعمدة على الجنين غير متصورة عندهم، وإنما تكون شبه عمد أو خطأ. حتى ولو كانت الجناية على أمه متعمدة، وذلك بسبب الشك في وجوده من حيث الحياة من عدمه.(١)

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن دية الجنين تتحملها العاقلة، إذا مات مع أمه وكانت الجناية شبه عمد أو خطأ. أما إذا كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده، فلا تتحمله العاقلة. (٢)

الاتجاه الثالث: يرى أن بيت المال يتحمل الدية أو الغرة في حالتين:- (٣)

الحالة الأولى:- إذا أفزع السلطان أو رسوله حاملاً، فأجهضت فإن السلطان يضمن الغرة وهو ما اتفق عليه الفقهاء. إلا أن الحنابلة والظاهرية يشترطون أن يكون الإرسال بحق. واختلف الفقهاء حول

---

(١) د. بدر محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص٢٨١ .

(٢) المغني لابن قدامة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ٥٤٤ .

(٣) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٥٧٤ .

من يجب عليهم الضمان، هل هم عاقلة السلطان أو بيت المال، وذلك إلى قولين:-

الأول: اتجه قلة من الشافعية والحنابلة إلى أن الحامل إذا أجهضت بطلب السلطان، أو ماتت بوضعها، ضمنها السلطان،ويكون ضمانه في بيت المال.(١)

فجاء في المغني "وكل موضع قلنا يضمن الإمام فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان، الأولى في بيت المال: قال القاضي هذا أصح".

الثاني: ذهب المالكية وبعض الحنابلة والشافعية إلى أن الضمان يكون على عاقلة السلطان. فقال الشافعي "وإذا بعث السلطان إلى امرأة، أو رجل عنده امرأة، ففزعت المرأة لدخول الرسول أو غلبتهم، أو انتهارهم، أو الذعر من السلطان فأجهضت، فعلى السلطان دية جنينها- إذا كان ما أحدثه الرسول بأمره- فإن كان الرسل أحدثوا شيئاً بعد أمر السلطان، فذلك على عواقلهم دون عاقلة السلطان، لأنه من المعروف أن المرأة تسقط من الفزع".(٢)

الحالة الثانية: إذا عجزت العاقلة عن تحمل الدية أو الغرة، أو عجزت عن بعضها.

د) لمن تجب الدية أو الغرة.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغرة تجب لورثة الجنين، فهي تأخذ حكم الدية، لأن الدية يرثها ورثته.(٣)وقال ابن ربيعة والليث أنها تجب للأم خاصة؛ ذلك لأنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها.

---

(١) المغني لابن قدامة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٣١٢ .

(٢) الأم للشافعي ، المرجع السابق، الجزء السادس، ص ٩٤ .

(٣) المغني لابن قدامة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ٥٤٢ .

ولأن الضرر وقع على الأم من جراء إجهاضها.(١)

ويؤيد ابن قدامة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بقوله "أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً، لأنها دية له وبدل عنه، فيرثها كما لو قتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك والشافعي". ثم قال" إنها دية آدمي حر، فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات، وقوله أنه عضو من أعضائها لا يصح، لأنه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه مثل يدها، ولما منع القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله، ولما وجبت الكفارة لقتله، ولما صح عتقه بدونها ولا عتقها بدونه، ولا تصور حياته بعد موتها، ولأن كل نفس تضمن بالدية، تورث كدية الحي".(٢)

وإذا قامت المرأة بإسقاط نفسها، فعليها الغرة وتدفعها للورثة. وليس لها نصيب فيها، فلا يرث في الدية من تسبب فيها؛ ذلك لأنه ليس لقاتل ميراث.(٣)

المطلب الثالث
مدى وجوب الكفارة

الكفارة هي حق الله تعالى، فهي عقوبة تدخل ضمن العبادة، وذلك من أجل تكفير الجاني عن الذنب الذي اقترفه. وتقرب إلى الله عز وجل حتى يكفر له عن ذنبه.

قال تعالى {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ

---

(١) حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، ص٣٧٨.

(٢) المغني لابن قدامة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ٥٤٢، ٥٤٣.

(٣) د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص ٦٠.

رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا}(١).

وقد أجمع العلماء على وجوب الكفارة في القتل الخطأ، وتجب أيضاً في شبه العمد عند من يقول به، ولا تجب في العمد عند الجمهور.(٢) ومع ذلك اختلفوا في وجوب الكفارة في الإجهاض وذلك في حالتين:-

الحالة الأولى: إذا أجهض وكان حياً ثم مات، وثبتت حياته بعلامة تدل على الحياة المستقرة، ثم مات بعد ذلك. فقد أجمع العلماء على وجوب الكفارة فيه.(٣)وترجع أدلتهم في ذلك إلى الأتي:-

١- قوله تعالى { وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ}، وقال في نفس الأية {وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ}.(٤) فهذه الأية الكريمة تؤكد أنه إذا كان الجنين من قوم مؤمنين، أو كان أحد أبويه مؤمناً، فيدخل في حكم هذه الأية، وإن كان من كتابيين فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق، فيدخل في حكم هذه الأية أيضاً.

٢- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قد قضى بالكفارة في إجهاض الجنين. فقد روي عن مجاهد أنه قال "أن امرأة حامل أسقطت جنيناً. فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمرها أن تكفر بعتق رقبة".(٥)

٣- الكفارة أخص وجوباً من الدية، لأن السيد يجب عليه بقتل عبده

---

١) سورة النساء، الأية رقم ٩٢.

٢) المغني لابن قدامة، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص ٩٧.

٣) الأم للشافعي، الجزء السادس، ص ١١٩. كذلك حاشية ابن عابدين، الجزء السادس، ص ٦٢٩.

٤) سورة النساء، الأية رقم ٩٢.

٥) المغني لابن قدامة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٧٥.

الكفارة ولا تجب القيمة، ومن رمي دار الحرب بسهم فقتل به مسلماً، وجبت عليه الكفارة ولم تجب عليه الدية، فلما وجب في الجنين الدية، فأولى أن تجب فيه الكفارة،

٤- أن الجنين آدمي محقون الدم لحرمته، فيضمن بالكفارة كغيره،

٥- أن الجنين نفس من وجه، وإتلاف النفس يوجب الكفارة، لما فيها من معنى العبادة والاستغفار، لما اقترفه من ذنب،

الحالة الثانية: إذا أجهض الجنين ميتاً، سواء نفخت فيه الروح أم لا، فقد اختلف العلماء في وجوب الكفارة في هذه الحالة، وذلك إلى قولين:-

الأول: اتجه الحنفية والمالكية إلى أن الكفارة لا تجب في إجهاض الجنين، حيث جاء في حاشية ابن عابدين "ولا كفارة في الجنين عندنا وجوباً، بل ندباً إن وقع ميتاً، وإن خرج حياً ثم مات ففيه كفارة"،(١) وأدلتهم في ذلك:-

١- أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة في حديث الهزليتين، ولم يذكر الكفارة،

٢- أن الكفارة من باب المقادير، والمقادير لا تعرف بالرأي والاجتهاد والقياس، بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز، والسنة والإجماع، ولم يوجد في الجنين الذي ألقي ميتاً شيء من ذلك،(٢)

٣- إن الجنين إذا مات من الضرب، فإن هذا يكون قتلاً بالتسبب، والقتل تسبباً لا يوجب الكفارة،

الثاني: يرى الشافعية والحنابلة، أن الجناية على الجنين توجب الكفارة،(٣)

---

(١) حاشية ابن عابدين، الجزء السادس، ص ٦٢٩، ٦٣٠ ،

(٢) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص ٦٠١ ،

(٣) المغني لابن قدامة، المرجع السابق، الجزء السابع، ص ٨١٥ ،

والكفارة هي عتق رقبة أو صوم شهرين متتابعين. ونظراً لعدم وجود عبيد في عصرنا هذا، فيجب على من أسقط جنيناً عمداً أو خطأ صيام شهرين متتابعين. وهو ما ذهب إليه الشافعية والزيدية. أما الإمامية فذهبوا إلى أنه على المسقط أن يجمع بين عتق رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً، وتسمى كفارة الجمع.(1)

وفي حالة تعدد الجناه في فعل الإسقاط، فيجب الكفارة على كل منهما، فالكفارة تتعدد بتعدد الجناه، لأنه حق الله سبحانه وتعالى.

---

1) د. محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص ٢٦٨ .

الباب الرابع
المسئولية المدنية والإدارية الناشئة عن أفعال الإجهاض

تمهيد:-

فضلاً عما ترتبه جريمة الإجهاض من اضطراب الأمن في المجتمع والاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون الجنائي في حق الأم في الإنجاب وحق جنينها في أن ينعم بحياة مستقبلية خالية من العيوب والتشوهات، فقد تصاب الأم بأضرار مادية أو معنوية من جراء تلك الجريمة، هذا الضرر يعطي لها حقاً في طلب التعويض عنه، ويتم ذلك عن طريق رفع دعوى تعويض، يستوي أن يتم ذلك أمام القضاء المدني المختص أصلاً بنظرها، أم أمام القضاء الجنائي ليفصل فيها بالتبعية للدعوى الجنائية، فموضوع الدعوى المدنية هو طلب التعويض عن جبر الضرر المترتب على الجريمة، وهو ما يختلف عن الدعوى المدنية الخالصة، والتي لا يجوز إقامتها إلا أمام القضاء المدني دون غيره.

ويتميز الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي، في أن الخطأ المدني هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد بارتكاب عمل يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير، مما يستتبع إلزام مرتكبه بالتعويض، أما الخطأ الجنائي فهو إخلال بواجب قانوني يقره ويحميه قانون العقوبات، كما أن الخطأ المدني يوجب التعويض لمن أصابه الضرر، وبمجرد وقوعه حتى ولو كان خطأ غير عمدي، أي لا يقصد فاعله إحداث ضرر بالغير، أما الخطأ الجنائي، فيلزم توقيع العقاب المنصوص عليه بقانون العقوبات، بشرط أن يكون خطأ عمديا في الجرائم العمدية.[1]

وإن كان الغالب أن تتلازم المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، حيث أنهما ينشآن عن عمل واحد، إلا انهما مختلفان من حيث أن

---

[1]) د. أحمد عبد الكريم سلامة "الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة بين قانون العقوبات الدولي والقانون الدول الخاص، دراسة تأصيلية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٩، ١٠

سبب المسئولية الجنائية هو الاضطراب الاجتماعي الناشئ من جراء الجريمة. كما أن المسئولية الجنائية تقوم على توقيع الجزاء على مرتكب الجريمة، بينما تقوم المسئولية المدنية على تعويض المضرور من الجريمة.([1])

ويختلف معيار تقدير الخطأ المدني عن معيار تقدير الخطأ الجنائي. فالقاضي المدني يكتفي بالمعيار الموضوعي الذي يتمثل في معيار سلوك الشخص المعتاد متوسط الحذر والعناية. أما القاضي الجنائي فإنه يبحث في نفسية المتهم لمعرفة ما إذا كانت محلاً للوم الاجتماعي، وذلك من أجل تقدير التعويض المستحق. فهذه التفرقة تجعله قادراً على تقدير التعويض المدني في الدعوى المنظورة أمامه. ولكنه يكون مضطراً إلى إدانة المخطئ جنائياً، حتى يمكنه أن يحكم عليه بالتعويض المدني. رغم عدم اقتناعه أحيانا بأن مقدار الخطأ يصل إلى حد الجزاء الجنائي.([2])

يضاف إلى ذلك، أنه قد يكون فعل الإجهاض مرتكباً عن طريق إحدى المستشفيات أو المراكز الطبية العامة. ومن ثم يُثار البحث حول مدى مسئولية تلك المرافق الطبية، والتي تتمثل في مسئولية السلطة العامة (الدولة) عن التعويض عما تحدثه أحد المرافق التابعة لها. والتي تتسبب في إصابة الجنين بتشوه أو عاهة، أو إنزاله قبل الموعد المحدد لولادته حياً أو ميتاً. وهو ما نتناوله بالبحث من خلال بيان الآتي:-

الفصل الأول:- خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية عن الإجهاض.

الفصل الثاني:- المسئولية الإدارية الناشئة عن الإجهاض.

---

[1]) د. محمد عيد الغريب "الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة"، بدون دار نشر، سنة ١٩٩٥،١٩٩٤، ص ١١ .

[2])راجع في ذلك د. فوزية عبد الستار "النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧، ص ١٢٤ .

الفصل الأول
خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية عن الإجهاض

تمهيد:-

لم يتعرض المشرع المصري للمسئولية المدنية الطبية بنصوص خاصة، بل ترك حكمها للقواعد العامة في المسئولية المدنية. ومع ذلك فإن المسئولية الطبية المدنية ذات طبيعة خاصة. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الطبيب يحتاج إلى قدر كبير من الحرية والثقة والاطمئنان في ممارسة عمله. وفي المقابل فإن حياة المريض وسلامته تعد من أسمى القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها، ولأنها تتعلق بالنظام العام.([1])

فيقع على عاتق الطبيب الالتزام بالمحافظة على كرامة المهنة وعدم القيام بأي تصرف يؤدي إلى الحط من قدرها. كما يجب عليه أن يحترم مبادئ الأخلاق والاستقامة والإخلاص في ممارسة مهنته، فهو المرآة التي تعكس واجبات وأخلاقيات وآداب مهنة الطب.

ونظراً لزيادة الوعي لدى الأفراد، فقد أدى ذلك إلى زيادة رفع دعاوى المسئولية ضد الأطباء؛ وذلك لمطالبتهم بالتعويض عما يصدر منهم من أخطاء في مزاولتهم لمهنته. يضاف إلى ذلك أن التقدم العلمي في مجال الطب، وتزايد استعمال الآلات والأجهزة الحديثة وما ينتج عنها من مخاطر. نتيجة لذلك أصبح ثارت العديد من التساؤلات حول المسئولية استخدام تلك الوسائل

---

[1]) د. محمد هشام القاسم، "المسئولية الطبية من الوجهة المدنية" بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨١، ص ٧٩ - وقد أصدرت منظمة الصحة العالمية في وراسو في عام ٢٠٠٢م، إعلانها حول استقلالية الأطباء والتي تضمن لهم ضرورة حماية الاستقلال المهني والتنظيم الذاتي للأطباء، والتحذير من الآثار السلبية للضوابط الإدارية والمالية في جودة الرعاية المقدمة، وتأكيد ثقة المجتمع في الأطباء ومسئولية هؤلاء تجاه المجتمع.

والآلات[1].

وأهم ما يميز المسئولية الطبية هي طبيعة الخطأ الطبي؛ ذلك أن خطأ الطبيب ليس كخطأ الشخص العادي، لما يتميز به من طبيعة علمية وفنية. الأمر الذي يجعلنا نتعرض لماهية الخطأ الطبي الموجب للمسئولية المدنية، وبيان صور هذا الخطأ وكيفية إثباته؛ ذلك أن الطبيب يُسأل عن هذا الخطأ ويلتزم بالتعويض عما الحقه من أضرار.. وقد يعفى الطبيب من هذه المسئولية في بعض الحالات، وهو ما نتعرض له على ما سيأتي بيانه.

على الأكثر من ذلك، فقد أدت صناعة الدواء وانتشاره في كافة أنحاء العالم، واستخدامه علاجاً لكافة الأمراض، والذي أصبح لا غنى عنه. يُضاف إلى ذلك ظهور الكثير من المخاطر التي تلحق بطبيعة المواد الدوائية المكونة له، حيث يتكون من العديد من التركيبات الكيمائية، والتي من شأنها إذا زادت عن الحد المسموح به أو إذا ما تداخلت معها مركبات أخرى تتحول إلى مواد ضارة يترتب عليها مخاطر جسيمة، قد تلحق بالمرأة الحامل. وقد يحدث نتيجة استخدامها إسقاطها، أو تشوه الجنين أو إصابته بإعاقة من جراء استخدام دواء معين[2]. وهو ما نعرض له من خلال بيان الآتي:-

المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي في مجال الإجهاض.

المبحث الثاني: مسئولية الطبيب عن أخطاء مساعديه.

المبحث الثالث: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في القانون المدني.

---

[1]) د. وفاء حلمي ابو جميل، "الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٧، ص ٤.

[2]) للمزيد انظر د. محمد محمد القطب سعد "المسئولية المدنية الناشئة عن اضرار الدواء، مشكلاتها وخصوصية احكامها"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠١٢

المبحث الأول
ماهية الخطأ الطبي في مجال الإجهاض

تمهيد:ـ

خطأ الطبيب هو أساس مسئوليته المدنية الطبية. هذه المسئولية تعد ذات طبيعة شخصية، فأساسها خطأ الطبيب، وهو ما يجعلنا نبحث مدى مسئولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا تسبب خطؤه في إسقاط الحامل، وقد يتسبب الخطأ في التشخيص في الخلط بين ما إذا كان الجنين مريضاً أو مشوهاً، مما يدفع الطبيب إلى الحكم عليه بالموت وإنهاء حياته قبل الأوان. لذا نتناول في هذا المطلب مفهوم الخطأ الطبي الموجب للمسئولية المدنية، مع بيان معيار هذا الخطأ، وذلك من خلال بيان الأتي:ـ

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي ومعياره في مجال الإجهاض.

المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي وإثباته في مجال الإجهاض.

المطلب الأول
مفهوم الخطأ الطبي ومعياره في مجال الإجهاض

تمهيد:ـ

نتناول في هذا المطلب مفهوم الخطأ الطبي والذي على أساسه تقوم مسئولية الطبيب المدنية، فضلاً عن بيان المعيار الذي على أساسه يتم التمييز بين اعتبار الفعل المرتكب خطأ من عدمه، وذلك على النحو التالي:ـ

أولاً: مفهوم الخطأ الطبي بوجه عام.

نصت المادة ١٦٣من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". كما نصت المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي على أن "كل فعل للإنسان سبب ضرراً

للغير، يرتب مسئولية من حدث الضرر بخطئه"٠فيظهر من تلك النصوص أن القانون المدني جعل الخطأ أساس المسئولية المدنية٠

ويعرف الخطأ الطبي بوجه عام بأنه "خطأ يرتكبه شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية"٠([1])

كما يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول"٠([2])

ثانياً: معيار الخطأ الطبي٠

يكاد يجمع الفقه المدني على أن المعيار العام في قيام الخطأ٠ يتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف، العادي أو الفني([3])، لطبيب من نفس مستواه المهني، وفي نفس الظروف الخارجية المحيطة به٠([4])وهذا يعني أن هذا المعيار يتسع ليشمل الخطأ العادي والخطأ الفني؛ فتجتمع فيه الأصول الفنية المستقر عليها، والقواعد التي يمليها الواجب العام باليقظة والحيطة والتبصر٠([5])

---

[1]) د. محسن عبد الحميد البيه "نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة ١٩٩٣، ص١١٠ ٠

[2]) د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص ٣٨ ٠

[3]) قضي بأن "الطبيب خاضع من حيث مسئوليته للقواعد العامة، فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق، سواء كان ذلك الخطأ عادياً أم فنياً، وسواء كان يسيراً وجسيماً" استئناف مصري يناير ١٩٣٦، مجلة المحاماه، س ١٦، ص ٣٢٤ ٠

[4]) قضي بأنه "يُسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول" نقض مدني ٢٦ يونيه ١٩٦٩ لسنة ٣٥ ق، مجلة المحاماه، س ٢٠، رقم ١١١، ص ١٠٧٥ ٠

[5]) د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ١٣٥ ٠ كذلك انظر د. محمد محمد سويلم "مسئولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"٠ انظر ايضاً أ. عبد السلام التونجي "المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي" بدون دار نشر، وبدون سنة نشر، ص ٢٦٤ ٠

ترتيباً على ذلك فإن معيار الخطأ الطبي يشتمل على عنصرين أساسيين. أما العنصر الأول:([1]) السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس المستوى المهني. فالطبيب الوسط هو الذي لا يهمل في بذل العناية اللازمة للمريض، ويلتزم الحيطة والانتباه والحذر في معالجه مريضه. كما أنه لا يخرج في عمله عن أصول المهنة وقواعدها الثابتة. أما العنصر الثاني فيتمثل في الاعتداد بالظروف الخارجية. ويعد من بين هذه الأحوال الخارجية خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات أولية سريعة، وما يتعلق بالزمان والمكان كالبعد عن المستشفى، وعدم توافر مساعدة الممرضات والزملاء. ويدخل ضمن هذه الظروف الخارجية ما يطلق عليه بالظروف الاستثنائية، والتي تتمثل في حالة استعجال الطبيب وما يباح له في هذه الأحوال. فيمكن له أن يستغنى عن موافقة المريض، وهو ما يعد خطأ في الظروف العادية. فكل هذه الظروف إذا اقترنت بخطأ الطبيب يلزم مراعاتها، ذلك أنها إذا صدرت عن الطبيب في غيرها فإنها تعتبر خطأ يوجب مسئوليته.

وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى بقولها "لما كان الخطأ في الجرائم غير العمدية هو الركن المميز لهذه الجرائم فإنه يجب أن يبين الحكم عنصر الخطأ المرتكب وأن يورد الدليل عليه مردودا إلى أصل ثابت في الأوراق لما كان ذلك، وكان من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول الفنية المقررة فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر - بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في آداء عمله، وكان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من تحويل الطاعن المريضة إلى مستشفى .... العام

---

[1]) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ١٣٦ .

وعدم إجراء جراحة لها بمستشفى .... المركزي ما يوفر الخطأ في جانبه دون أن يستظهر قدر الحيطة الكافية التي قعد على اتخاذها ومدى العناية التي فاته بذلها وكذا بيان الظروف المحيطة بإجراء العملية الجراحية للمجني عليها بمستشفى........... المركزي وأثر ذلك كله على قيام أو عدم قيام ركن الخطأ وتوافر رابطة السببية أو انتفائها كما لم يعن الحكم باستظهار الخطأ الشخصي الذي وقع من الطاعن وأغفل الحكم الرد على ما ورد بأقوال الطبيب الشرعي أمام محكمة ثاني درجة من أنه لا يمكن إجراء عملية جراحية بمستشفى......... المركزي بدون وجود طبيب التخدير ومسئول بنك الدم فإن الحكم إذ أغفل بيان كل ما تقدم يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه".(¹)

ونحن نتفق مع الفقه في أن معيار الخطأ يجب أن يتميز بالمرونة، كي يتلاءم مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي. وهو ما يخضع لمحكمة الموضوع بحسب كل حالة على حدة. فقد قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص وقوع الفعل المكون للخطأ الموجب للمسئولية هو ما يدخل في تقدير محكمة الموضوع، مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه"(²)

وفي ذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ ٨ يوليو لسنة ٢٠٠٤(³) في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة تدعى VO

¹) نقض جنائي ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧، الطعن رقم ٣١٨٨١ لسنة ٦٩ق.

²) نقض مدني ٢٧ نوفمبر ١٩٩٤، س٦٠ ق، رقم ٢٧٩٠، مشار إليه د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٩٥ .

³) CEDH 8 Juillet 2004 Vo c/ France RTD civ. 2004 , p. 799 note J.-. Marguénaud et p. 714 note J. Hauser; Serverin, Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne =

فقدت جنينها الذي كانت تحمله نتيجة خطأ طبي، وكان الجنين انثى عمرها ما بين ٢٠ إلى ٢٤ أسبوع، وطالبت بتعويضاً على أساس أن ذلك يشكل قتل خطأ. فقضت محكمة ليون الجزئية بأن الجنين الذي عمره أقل من ستة أشهر، لم يبث فيه الروح، وهو ليس شخصاً. فطعن على هذا الحكم فألغته محكمة استئناف ليون بحكمها الصادر في ١٣ مارس سنة ١٩٩٦، مستندة إلى أن مسألة بث الروح غير مؤكدة الوقت وليس لها أساس قانوني، وقضت بوقوع جريمة القتل الخطأ من الطبيب في هذه الحالة. طعن الطبيب بالنقض على حكم محكمة الاستئناف، فقضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف دون إحالة واستبعدت وصف القتل الخطأ(١)، وانتهت المحكمة إلى نفس النتيجة بحكمها الصادر في ٤ مايو سنة ٢٠٠٤(٢).

واتجهت المحكمة الأوروبية إلى أنه يجب التمييز بين تعبير "الشخص"La personne، وتعبير "الكائن الحي" l'être humain (٣). ومع ذلك فإن المحكمة في هذا الحكم تجنبت المسألة الشائكة المتمثلة في تحديد من هو الشخص التي تحمي أحكام الاتفاقية حقه

= = des droits de l'homme, D. 2004, p. 2801; V. G. Avocat, Un foetus ne peut être victime d'un homicide involontaire , D. 2001, p. 2523.

1) Florence Massias, Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ? Revue de science criminelle 2005, p. 1[illegible]5.

2) V. J. Pradel, La mort du foetus, le délit d'homicide involontaire et les hesitations de la Cour de Cassation , D. 2004, p. 3083; Evelyne Serverin, Vie et mort du foetus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée, D. 1997, p. 557.

3) Neirinck , L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ? D. 2003, p. 841.

في الحياة أي ما إذا كان الجنين يتمتع بالحق في الحياة الذي تقرره الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادة الثانية منها مكتفية، بالتأكيد على أن الجنين له حق تحميه الاتفاقية[1] وأن الدول المتعاقدة عليها التزام بحماية الجنين وإقامة الإجراءات التي تكفل التعويض عن الإجهاض غير العمدي الذي يسببه خطأ يصدر ممن يعملون في المستشفيات العامة، بالإضافة إلى إقامة آليات المسئولية التأديبية المرتبطة بذلك[2]. في هذا الحكم قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأن حياة الجنين مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحياة الأم وتتحقق حمايته من خلال حمايتها.[3]

في هذا الصدد يلاحظ أن ٣٩ دولة من دول المجلس الأوربي، تسمح للمرأة بأن تنهي حملها دون قيود في أثناء الثلث الأول من مدة الحمل، أو لأسباب طبية في اي وقت[4].

وجدير بالذكر أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تطبق أحكام الاتفاقية التي انضمت إليها الدول الأوربية. ونلاحظ أن هذا لا يلغي ما يتمتع به المشرع الوطني في هذه الدول من سلطة تقديرية في التجريم والعقاب، وفي تقدير شروط التجريم. بحيث لا يتعارض ذلك مع حق من الحقوق التي قررتها الاتفاقية. ويتعين التذكير هنا بأن الغالبية العظمي من الدول الأوربية المنضمة للاتفاقية لا تعرف جريمة الإجهاض غير العمدي[5].

---

[1]) تنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في فقرتها الثانية على " حق كل إنسان في الحياة يحميه القانون، ولا يجوز إعدام أي إنسان عمداً إلا تنفيذاً لحكم قضائي بإدانته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة".

[2]) Florence Massias, op.cit. p, 141.

[3]) Florence Massias, op.cit. p, 143.

[4]) Florence Massias, op.cit. p, 137.

[5]) Florence Massias, op.cit. p, 140.

المطلب الثاني
صور الخطأ الطبي وإثباته في مجال الإجهاض

يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتمثل الأول في بيان صور الخطأ الطبي في الإجهاض، بينما يتمثل الفرع الثاني في كيفية إثبات هذا الخطأ.

الفرع الأول
صور الخطأ الطبي في الإجهاض

يتجه الفقه إلى تقسيم الخطأ الطبي إلى نوعين. هما: الخطأ العادي أو المادي، والخطأ الفني أو المهني. وذلك على النحو التالي:-

أ) **الخطأ العادي أو المادي.**

الخطأ العادي أو المادي هو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من الناس. فهو خطأ خارج عن حدود المهنة وأصولها، وليس له صلة بمهنته. ومع ذلك فهو يقع من الطبيب أثناء مزاولته مهنته.[1]

من أمثلة ذلك: قيام الطبيب بإجراء جراحة للحامل في غير المكان المخصص للجراحة. الأمر الذي ينتج عنه إسقاط المرأة الحامل. كذلك الأمر بالنسبة لتشخيص حالة الحامل وهو في حالة سكر، مما أدى إلى خطئه في التشخيص وتقريره بإنهاء حالة الحمل قبل أوانها.

ب) **الخطأ الفني أو المهني.**

الخطأ الفني أو المهني هو الخطأ الذي يخالف فيه الطبيب القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته. والتي يجريها طبقاً للأصول

---

[1]) د. محمد احمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٩١.

المستقرة عليها في علم الطب، وتخضع لقواعد طبية مستقرة.[1]

ومن أمثلة ذلك: وصف الطبيب دواء للمرأة الحامل يكون من آثاره الجانبية إسقاطها وهو يعلم بحملها. كذلك الخطأ في تشخيص ما إذا كان الجنين مشوهاً والحكم عليه بإسقاطه قبل الأوان. من ذلك أيضا إحداث الطبيب ثقباً في كيس السلي وفقدان كمية من السائل الأمينوسي أثناء الفحوصات الطبية، الأمر الذي يترتب عليه حدوث تشوهات في الجنين، بل قد يؤدي إلى وفاة الجنين وإسقاطه.

أجمع الفقه [2]على أن هذا التمييز لا يصلح لبيان ما يعد خطأ مادياً وما يعد خطأ فنياً. ونحن نتفق معهم لأنه في حالة ما إذا قام الطبيب بإجراء جراحة للأم الحامل في غير المكان المخصص للجراحة، الأمر الذي ينشأ عنه إسقاطه، فإن هذا وإن اعتبر خطأ عادياً أو مادياً، إلا أننا نرى أنه في حقيقة الأمر خطأ فني ومهني؛ لأنه يدخل في صميم اختصاص الطبيب.[3] وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في

---

[1]) للمزيد انظر أ. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص ٢٧٠ .

[2]) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها. كذلك انظر د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص ٤٢ .

[3]) ويقول الدكتور السنهوري فيما يتعلق بهذا الأمر" أن هذا التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني في مزاولة المهنة، فوق أنه دقيق في بعض الحالات لا مبرر له، وإذا كان الطبيب أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، فالواجب اعتبار الرجل الفني مسئولاً عن خطئه المهني مسئوليته عن خطئه العادي، فيسأل في هذا أو ذاك حتى عن الخطأ اليسير، والذي أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني، أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فني فهو معيار شخص من أواسط رجال فنه. والأصول المستقرة للفن هو ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن بل أن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم فاختلط به، ولكن يجب التنبيه إلى أن الخروج على هذه الأصول المستقرة، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسئولية". انظر د. عبد الرازق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١، ص١١٤٧ .

قولها "الطبيب خاضع من حيث مسئوليته للقواعد العامة، فيُسأل عن كل خطأ ثابتٍ في حقه على وجهٍ التحقيق، سواء كان ذلك الخطأ عادياً أم فنياً، وسواء كان يسيراً أم جسيماً".([1])

وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بأنه "لما كانت المحكمة الموضوعية بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا ومدنيا، قدرت أن الطاعن أخطأ بإجرائه فى عيادته الخاصة بغير مساعدة طبيب تخدير وبغير توافر ما يلزم لمجابهة مضاعفاتها فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى لحمل مسئولية الطاعن، إذ من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العملية المقررة فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله وأيا كانت درجه جسامة الخطأ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أخذ بالتقرير الطبى الشرعى وعول عليه فى إثبات خطأ الطاعن، ولما كان ذلك الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الواقعة وتقرير الطب الشرعى حصول خطأ من جانب الطاعن على النحو المتقدم، وكان تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبة مما يتعلق بموضوع الدعوى ولا تقبل المجادلة فيه أمام محكمة النقض".([2])

وبالتالي فلا ينبغي الأخذ بهذه التفرقة؛ لأن أغلبية ما ينسب إلى الطبيب من أخطاء تتضمن بالضرورة طبيعة اختصاصه الفني ولا يمكن فصلها عن تخصصه الفني والمهني. الأمر الذي دعا رأي في الفقه ([3]) إلى تقسيم صور الخطأ الطبي إلى عدة صور، وهي كالآتي:-

---

[1]) استئناف مدني في يناير ١٩٣٦، مجلة المحاماه، العدد ٧١٣، س ١٦، ص ٣٣٤ .

[2]) نقض جنائي ٧/ ٦/١٩٩٢، الطعن رقم ١٠٤٨٤ لسنه ٥٩ ق.

[3]) انظر د. احمد زكي عويس، "مسئولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مكتبة جامعة طنطا، سنة ١٩٩٠، ص ٥٧ وما بعدها.

الصورة الأولى: رفض الطبيب معالجة المريض.

العلاقة بين الطبيب الخاص والمريض علاقة عقدية، يلزم فيها توافر الرضا بين الطرفين. ويعد الطبيب مخطئاً في حالة إخلاله بواجب من واجبات مهنته المنصوص عليها في القانون أو في العقد. أما إذا كان الطبيب يعمل في مستشفى عام فهو موظف عام، والعلاقة بينه وبين المريض يحددها نظام المستشفى كمرفق عام. وعلى أية حال، يُعد الطبيب مخطئاً إذا رفض علاج المرأة الحامل من إصابتها بمرض معين. الأمر الذي نتج عنه انتقال هذا المرض للجنين، مما أوجب معه إسقاطه قبل موعد ولادته الطبيعية.

وفيما يتعلق بالقانون الفرنسي يلتزم الطبيب - سواء كان طبيباً خاصاً أو كان يعمل في مستشفى عام- بأن يقدم العلاج اللازم للمريض الذي يتواجد في خطر. وقد تمر المرأة بفترات تتعرض فيها للخطر، سواء على حياتها أو على حياة الجنين، واعتبر أن الإخفاق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمساعدة من هم في خطر، جريمة معاقباً عليها بالسجن خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ٧٥٠٠٠ يورو. وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٢٣- ٦ من قانون العقوبات الفرنسي.(1)

---

1) Code pénal. Section 3: De l'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours. Article 223-6" Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours". (Modifié par Ordonnance n°2000-916=

وقد أكدت على ذلك المادة ٤ من تقنين أخلاقيات الطب لعام ١٩٩٥ في فرنسا، والتي تنص على أن"كل طبيب يتواجد بالقرب من مريض أو مصاب في خطر أو يتم إعلامه عن مريض أو مصاب في خطر، يجب أن يقدم له المساعدة أو أن يتأكد من أنه يتلقى العلاجات الضرورية".(¹)

الصورة الثانية: تخلف رضاء المريض.

جرى العرف الطبي على إلزام الطبيب أو الجراح، بإطلاع المريض على طبيعة العلاج وما يترتب عليه من مخاطر وعلى طبيعة العمليات الجراحية التي يقوم بها ومدى تأثيرها على جسمه. وبناء على ذلك فالطبيب ملزم باطلاع الحامل على أن توجيه أشعة لفحصها فيما يتعلق بمرض معين، قد يؤثر على الجنين وعلى حملها. وبالتالي يجب على الطبيب المعالج أن يحصل على إقرار من المريضة نفسها برضائها. وفي حالة عدم مقدرتها فيكون من زوجها أو أحد أقاربها، وذلك في حالة ما إذا كان العلاج أو الجراحة سوف يترتب عليها مخاطر قد تضر بجنينها أو بها، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن علاجه حتى ولو لم يرتكب خطأ.

وقد أكدت على ذلك المادة ١٨ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لسنة ١٩٧٣، بأن "على الطبيب الذي يُدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة،

= du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002).

¹) - Code de déontologie des médecins, Titre 1: Devoirs généraux de médecins. Article 4,"Un médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou informé qu'un malade ou un blessé est en péril doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires".

أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على موافقة الولي أو الوصي أو القيم عليه".

ونحن نرى أنه مادام الإجهاض الطبي العلاجي مباحاً في حالات الضرورة وحفاظاً على حياة الأم أو جنينها، فيلزم توافر الرضاء الحر، وذلك بعد تبصير الوالدين عن وضع الجنين وعن حالة الأم، وإرشادهما بما ينبغي القيام به. فقد نصت المادة ١٧ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشر لسنة ١٩٧٣ على أن "على الطبيب أن ينبه المريض وأهله إلى اتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم عما يترتب على عدم مراعاتها". وليس من السائغ أن يستفاد الرضاء ضمناً من مجرد ذهاب الحامل إلى عيادة الطبيب، إذ إن الأعمال الطبية متنوعة وقد ترضى الحامل ببعضها دون البعض الآخر، ولذلك كان متعيناً أن تعلم بطبيعة التشخيص ومخاطر العلاج بالأدوية أو التدخل الجراحي.

وقد قضي بأنه "حيث إن القاعدة المسلم بها فقهاً وقضاءً أنه يجوز للطبيب قياماً بوظيفته المرخص له بها، وفي سبيل المحافظة على صحة أفراد المجتمع اتخاذ ما يلزم من وسائل التطبيب بقصد علاج المرضى، على شريطة أن يرضى المريض بهذه الوسائل رضاءً غير مشوب، وأن يباشر عمله في حدود قواعد المهنة الطبية، فإذا خالف هذه السنن أصبح منتهكاً لمحارمها، مسئولاً عن الأضرار التي نشأت عن فعله، وحيث إن الطبيب أجرى الكشف على المجنى عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعه هو لها، ووضعها تحت مخدر وكشف عليها بمنظار في حالة يحتمل معها أنها حامل مع علمه بهذا الاحتمال، وترتب على تصرفه هذا أن حصل نزيف لها نقلت بسببه إلى المستشفى، وظلت فيه زمناً أجريت لها فيه عملية تفريغ الرحم، وهو بهذا التصرف يعد خارجاً عن قواعد المهنة الطبية

وواجباته كطبيب".[1]

أما قانون أخلاقيات مهنة الطب الصادر في فرنسا عام ١٩٩٥، فقد نصت المادة السابعة منه أنه "يجب على الطبيب احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك، وفي حالة عدم مقدرة المريض على التعبير عن إرادته- باستثناء حالة الطوارئ أو الاستحالة- أن يتم تنبيه أو إعلام أقاربه".[2] كما يؤكد قرار البرلمان الأوروبي المتعلق بالميثاق الأوروبي لحقوق المريض لعام ٢٠٠٢، على حق المريض في معرفة التشخيص والعلاج والمستقبل المرضي. وحقه في الإطلاع على الملف الطبي من قبل الطبيب. وكذلك حقه في الموافقة أو رفض العلاج المقترح.[3]

الصورة الثالثة: الخطأ في التشخيص أو التقدير في وصف العلاج.

يعد الطبيب مخطئاً في التقدير في حالة نصحه باستمرار الحمل، رغم أن نتائج الفحوصات مشكوكاً فيها، وترتب على ذلك ولادة طفل مريض.

ذلك ما قرره القضاء الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة ذهبت إلى الطبيب وشكت له آلاماً في بطنها، فشخص الحالة

---

[1]) محكمة جنايات الأسكندرية، جلسة ٢٥ فبراير ١٩٤١، في القضية رقم ٢٣٤٠، مركز العطارين، سنة ١٩٣٨، مشار إليه أ. سمير عبد السميع الأودن "مسئولية الطبيب الجراح، وطبيب التخدير ومساعديهم، مدنياً وجنائياً وإدارياً"، منشأة دار المعارف، الأسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٨٨ .

[2]) Code de déontologie des médecins. Article 7, "La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible. Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés"

[3]) European Charter of Patients' Rights, "Basis document". Rome, November 2002. P 7.

عن أنها ورم في الرحم يحتاج إلى استئصال سريع، ولكن عندما فتح بطنها ظهر له أن السيدة ليس عندها ورم، بل إنها حامل بجنين أوشك أن يتم مدة حمله، فأجرى لها العملية القيصيرية، وأخرج الجنين حياً، إلا أن السيدة أصيبت في نفس اليوم بنزيف قوي مصحوب بمضاعفات، الأمر الذي أدى إلى وفاتها. وتم تقديم الطبيب بتهمة القتل الخطأ، وقرر الخبراء أن الحمل من الحالات الدقيقة التي كثيراً ما يحدث خطأ فيها، وقد يتجه الظن إلى اعتباره ورماً عادياً، ويعذر الطبيب إذا التبس عليه الأمر حينئذ. أما في الحالة التي عرضت في تلك الدعوى، فلا مجال لأي لبس، ولو أن السيدة المريضة كان لها مساهمة بخطئها مع الطبيب في حدوث ذلك، حيث كانت غير متزوجة وقد غررت به وأعطته معلومات غير صحيحة، كان من شأن تلك المعلومات أن تحيد به عن الرأي الصائب، وترجح لديه أن الحالة ليست إلا ورماً ليفياً. ومع ذلك إذا أمكن أن نغتفر للطبيب خطأ التشخيص مع هذه الظروف، فإنه لا محل للتسامح معه فيما تلى ذلك؛ ذلك لأنه فتح بطن السيدة وصار الرحم تحت نظره، وأصبح بإزاء حالة محققة لا تحتمل شكاً ولا لبساً، فكان يجب عليه أن يعود ويخيط الجرح، إلا أنه أمعن في السير في الطريق الخاطئ، وأجرى العملية القيصيرية على شدة خطورتها من غير داعٍ ولا ضرورة. ورأت المحكمة أنه على الرغم من أن الخطأ في تشخيص المرض والذي قد يودي بحياة المريضة، لا يجعل وحده وبذاته الطبيب في الجراحة مسئولاً عن هذا الخطأ، إلا أن ذلك لا يبيح للطبيب أن يشخص داء المريضة برعونة وطيش مع إغفاله التحري عن المعلومات الضرورية التي تنير له السبيل، كسؤال طبيب العائلة أو إجراء الفحص بالأشعة حتى يؤكد وجهة نظره، فإذا ما أخطأ الطبيب في التشخيص بسبب هذا الإغفال ومات المريض، حقت على الطبيب

العقوبة "(١)

ويعد الصيدلي مخطئاً في حالة ما إذا قام بتبصير المرأة الحامل بطريقة خاطئة عن استخدام دواء معين أو إذا كان العلاج الموصوف لها عبارة عن تنقيط عدد معين من الدواء، فأخطأ الصيدلي في تحديد عدد تلك النقاط بالزيادة، الأمر الذي أدى إلى إسقاطها. كذلك يعد الصيدلي مخطئاً في حالة إذا سلم دواء آخر مختلفاً عن الدواء المذكور بالروشتة، وكان من آثار هذا الدواء إسقاط الحمل. فالصيدلي ملتزم بضمان السلامة، حيث يقع عليه التزاماً مقتضاه ألا يصيب المستحضر الدوائي المريض بألم جديد لا علاقة له بالمرض الذي يعالج منه.(٢)

الفرع الثاني

إثبات الخطأ الطبي في مجال الإجهاض

لكي يتم إثبات خطأ الطبيب، يلزم بيان طبيعة التزام الطبيب تجاه الحامل، فهل يعد التزامه بتحقيق نتيجة معينة، أو التزام ببذل عناية؟ وكيف يتم الإثبات في حالة الخطأ الاحتمالي؟ وهو ما نتناوله على النحو التالي:-

أولاً: إثبات الخطأ في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة.

الالتزام بتحقيق نتيجة هو ما يتصف بأعمال طبية تكاد تكون خالية من عنصر الاحتمال. وذلك على العكس من التزام الطبيب ببذل عناية وهو ما تطغى عليه الطبيعة الاحتمالية للأعمال الطبية. فالتقدم العلمي الهائل في مجال الهندسة الوراثية ومجال التشخيص والعلاج، جعل عنصر الاحتمال في الالتزام بتحقيق نتيجة منخفضاً إلى حد كبير. كما أن علاقة الثقة التي تجمع بين

---

1) Cass. Crim 16 nov. 1922. DA: 1923.

٢) د. محمد محمد القطب مسعد، المرجع السابق، ص ٧٦ .

الطبيب والحامل غالباً ما تمنع الأخيرة من الحصول على دليل كتابي في مواجهة الطبيب، بل يكون الأمر أكثر تعقيداً عندما لا تجد الحامل شهوداً من بين الأشخاص المحيطين بهذا الطبيب، حيث قد يجاملون زميلهم ولا يشهدون ضده.

وبالتالي توجد التزامات ثابتة يكون واجب الطبيب فيها هو تحقيق نتيجة، وهو ما يجعل الحامل المصابة بضرر من جراء فعل الطبيب، معفاه من عبء إثبات خطأ الطبيب في حقها أو في حق جنينها. ويلقي بهذا العبء على عاتق الطبيب حتى يثبت عدم مسئوليته عن هذا الخطأ. وتتمثل هذه الالتزامات في أمور عدة والتي منها:-

(أ) **الالتزام بضمان سلامة الحامل.**

يقصد بهذا الالتزام ضمان الطبيب عدم تعرض المرأة الحامل لأي أذى من جراء ما يستعمل من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه لها من أدوية، وتعقيمه للأدوات التي يستخدمها في علاجها والالتزام بعدم نقل مرض إليها أو إصابة جنينها بضرر ينتقل إليهما عن طريق العدوى، أو الآلات المستخدمة. فتعد هذه الأمور مستقلة تماماً عن عمله الطبي الفني. وبالتالي يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة الحامل وجنينها.

فنصت المادة ١٤ من لائحة آداب شرف مهنة الطب البشري المصري لسنة ١٩٧٣، على الآتي "للطبيب أن يبذل كل ما في وسعه نحو مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن تكون معاملته لهم مشبعة بالعطف والحنان، وأن يسوي بينهم في الرعاية ولا يميز بين مركزهم الأدبي أو الاجتماعي أو شعوره الشخصي نحوهم".

وبالتالي يعد الطبيب مخطئاً في حالة إدخال ميكروبات إلى الرحم والجنين. فإن كان هذا الأمر نادر الحدوث مع تقدم وانتشار وسائل

التعقيم، إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان.(١)

وقد قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً - وقد قررت أن الطاعن أخطأ باستعماله جفتاً فى عمليه توليد المجنى عليها مع علمه مسبقاً بوجود تمزق بالرحم دون أن يكون لديه الاستعدادات الكافية لمجابهة ما يستلزمه علاج تلك الحالة ثم السماح للمجنى عليها بالانصراف من عيادته دون أن يصلح التهتك لوقف النزيف الناجم عن تمزق الرحم الذى إنتهى إلى إجراء جراحة استئصال الرحم وهو ما خلف لديها عاهة مستديمة - فإن هذا الذى قررته المحكمة فى حكمها المطعون فيه سائغ فى العقل والمنطق ويكفى لحمله".(٢)

(ب) الالتزامات المتصلة بالواجبات الإنسانية والأخلاقية للطبيب.

تعد الالتزامات المحددة قانوناً على عاتق الطبيب مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإنسانيته وأخلاقياته. سواء أكان مصدر هذه الالتزامات عقدياً أم غير عقدي. الأمر الذي يترتب عليه مسئولية الطبيب في حالة قيام الخطأ في جانبه. وذلك إلى أن يتخلص من مسئوليته في مواجهة الحامل، بإثبات السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين وفائه بالتزاماته.(٣)

وتتمثل هذه الالتزامات في التزام الطبيب بإعلام المريضة وتبصيرها بمخاطر المرض والعلاج، سواء كان مصدر هذا الالتزام القانون أو العقد. فيجب على الطبيب الذي يتولى عملية الإجهاض، أن يخطر الحامل بكل المخاطر الطبية التي تحيط عملية الإجهاض

---

(١) د. بدر محمد السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٧٩ .

(٢) نقض جنائي ٨ نوفمبر ١٩٩٢، الطعن رقم ٢٥١٣٣ لسنه ٥٩ ق.

(٣) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ١٨٠ .

والأمومة المستقبلية. وجسامة النتائج الحيوية للتدخل الجراحي الذي تقتضيه.

وفي هذه الحالة للطبيب أن يدفع مسئوليته في حالة الاستعجال أو الضرورة، بحيث يواجه خطر وشيكاً يهدد حياة المرأة، والحالة الصحية المتردية للحامل. وذلك حتى لا تسوء حالتها. وكذلك إذا كذبت الحامل في حالة إذا أخفت تاريخها المرضي ولم تفصح عن إصابتها بالحصبة الألمانية مثلاً في الشهور الأولى من الحمل، والذي قد ينتج عنه ولادة جنين مشوه، الأمر الذي حال بين الطبيب وبين إعلام الحامل بمخاطر العلاج أو الجراحة.

ومن بين الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب. الالتزام بالحصول على موافقة الحامل، قبل أن يشرع في مباشرة عمله الطبي على جسمها. ويقع عليه عبء إثبات موافقتها، سواء تم ذلك بالموافقة الكتابية أم كانت موافقة شفهية نتيجة الثقة القائمة بين الطبيب والحامل. وللطبيب في هذه الحالة أن يثبت ذلك بشهادة الشهود أو القرائن، والتي منها مكانة الطبيب والتزامه بآداب مهنته.

كما يلتزم الطبيب في حالة قبول الحامل علاجها، بمتابعة علاجها. فإذا لم يكن التزامه عقدياً، فيكون بمقتضى المبادئ القانونية العامة.طالما أن الحامل في حاجة إلى جهوده.وبالتالي إذا بدأ الطبيب في العلاج والتزم بألا يهجر الحامل قبل تمام العلاج، ومع ذلك أهمل في هذا الالتزام، فإنه يكون مخطئاً. ومسئولاً عن الأضرار التي قد تصيبها أو تصيب جنينها. وهو ما نصت المادة ١٨ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لسنة ١٩٧٣، على التالي "يجب على الطبيب ألا يتنحى عن معالجته (المريض)، إلا إذا زال الخطر أو أصبح الاستمرار في العلاج غير مجدٍ أو إذا عهد بالمريض إلى طبيب آخر".

وقد قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الخطأ في الجرائم غير العمدية هو الركن المميز لهذه الجرائم، فإنه يجب لسلامة الحكم فيها بالإدانة أن يبين عنصر الخطأ المرتكب وأن يورد الدليل عليه مردودا إلى أصل صحيح ثابت في الأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد اتخذ مما ورد بتقرير الطب الشرعي من أن وفاة المجني عليها نتيجة نزيف دموي عقب العملية الجراحية التي أجريت لها، وأن احتمال حصول نزيف داخلي بعد العملية أمر وارد، وكان من الواجب تتبع وملاحظة حالة المجني عليها بعد العملية للتأكد من عدم حصول نزيف والتدخل السريع جراحياً في حالة حصوله، ومن مجرد ما ورد بالأوراق من أن الطاعن غادر المستشفى بعد إجراء العملية، ما يوفر في جانبه الخطأ الذي أشار إليه في مدوناته من أنه يتمثل في عدم تتبع حالة المجني عليها وملاحظتها بعد إجراء العملية دون أن يبين كيفية سلوكه أثناء إجراء العملية وبعدها لبيان سبب النزيف ومدى توقع حصوله ويستظهر قدر الحيطة الكافية التي قعد الطاعن عن اتخاذها وكانت تفرضها عليه أصول مهنته لمنع حدوث النزيف أو لتفادي حصول نتائج ضارة في حالة حدوثه ومدى العناية التي فاته بذلها وأثر ذلك كله على قيام أو عدم قيام ركن الخطأ وتوافر رابطة السببية أو انتفائها، فإن الحكم إذ أغفل بيان كل ما تقدم يكون معيباً بالقصور مما يوجب نقضه والإعادة"٠(١)

ونلاحظ أن خطأ الطبيب في هذه الحالة يتقرر، ليس لأنه كان يستطيع لو تابع علاج الحامل أن يمنع بالتأكيد تحقق الضرر، وإنما يتمثل خطؤه في تفويت فرصة العلاج للحامل في الوقت المناسب٠(٢)

أخيراً ترتبط جميع هذه الالتزامات بواجبات الطبيب الأخلاقية

---

١) نقض جنائي ٢٠٠٦/١٢/١٨، الطعن رقم ٢٦١٣٧ لسنة ٦٧ق٠

٢) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ٢٠٩ ٠

والإنسانية نحو المريض، ويقع إثباتها على عاتقه، وإلا كان مخطئاً ومسئولاً عن الأضرار الناشئة عن إخلاله بهذه الالتزامات.

(ج) **التزامات الطبيب الخاصة بأعماله الفنية.**

يقع على الطبيب التزامات تتعلق بطبيعة أعماله الفنية، يكاد لا يشوبها عنصر الاحتمال. والتي منها استعماله الأشعة في كشف الأمراض أو التشخيص. كذلك نقل الدم للحامل، والذي يتعين أن يكون من نفس فصيلتها وخالياً من الأمراض. فإذا كان الطبيب المعالج لا يجري تحليل دم المريضة بنفسه، بل إن هذه المهمة يقوم بها طبيب التحاليل المتخصص، ومع ذلك فإن الطبيب المعالج يعد مسئولاً، لأنه تعهد بمقتضى العقد أو الاتفاق بتقديم الدم السليم.([1])

وقد يقوم الطبيب عند فحص دم الجنين بعمليات تتضمن بعض المخاطر، كأن يقوم بإدخال إبرة من جلد الحامل حتى تصل إلى الرحم منه إلى الحبل السري، وذلك عن طريق استخدام الموجات فوق الصوتية. وقد يتم عن طريق إدخال منظار الجنين، وهو ما قد يترتب عليه بعض المخاطر، بل قد يصل الأمر إلى إسقاط الجنين.

كما يقع على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، وذلك في حالة قيامه بإعطاء الحامل سوائل معينة عن طريق الحقن كالجلوكوز والأمصال وغيرها- فعليه أن يتأكد من صلاحيتها وقابلية جسم المريضة لها.

خلاصة ذلك أنه إذا كان التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة، فإن الحامل تلتزم بإثبات التزام الطبيب ومضمون هذا الالتزام. وأن النتيجة المطلوبة لم تتحقق، الأمر الذي ترتب عليه إصابتها بأضرار. في هذه الحالة تقوم مسئولية الطبيب دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدد. وذلك وفقاً للمعيار العام للخطأ في جانب

([1]) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٢٦ .

الطبيب- كما سبق وذكرنا- فمجرد حدوث أضرار أصابت الحامل أو جنينها• يعد كافياً لقيام مسئولية الطبيب، سواء كان خطؤه ثابتاً في حقه، أو خطأ مفترضاً•

ثانياً: إثبات الخطأ في حالة الالتزام ببذل عناية•

اتجهت غالبية الفقه إلى أن الأصل هو التزام الطبيب ببذل عناية، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها بتحقيق نتيجة معينة• وبالتالي فإنه في حالة التزام الطبيب ببذل عناية، إذ ارتكب خطأ أصاب الحامل أو جنينها بأضرارفإنه يجب على الحامل أن تثبت خطأ طبيبها المتمثل في انحرافه عن أصول مهنته، أو إهماله وعدم احترازه، أو مخالفته لقواعد مهنته• وذلك مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بهذا الخطأ•([1])

وقد قضت محكمة النقض بأن"واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل المهنة، ومن ثم يعد انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب خطأ موجباً لمسئوليته عن الضرر الذي يرتبط بالخطأ ارتباط السبب بالمسبب، ولهذا تحصيل الحكم خطأ الطبيب من أمره بنقل مريضة من مستشفى إلى أخرى وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها وإتخاذ ما يجب بشأنها، مما أدى التعجيل بوفاتها فإنه مخالفة في القانون، وأن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ يستوجب المسئولية المدنية، خاضع لرقابة المحكمة العليا في حين أن تقدير رابطة السببية بين الخطأ والضرر من عدمه موضوعي، لا

---

[1]) د.محسن البيه، المرجع السابق، ص ١٦٤، كذلك انظر د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص ٨٦ أيضاً د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١١٩ وما بعدها•

يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض"٠([1])

وإن كانت مسئولية الطبيب تجاه مريضه في الغالب هي مسئولية عقدية، فإن الفقه يرى مع ذلك أن التزام الطبيب تجاه المريض ولو كان عقدياً، إلا أنه ليس التزاماً بنتيجة، بل التزام ببذل عناية، وذلك لوجود عنصر الاحتمال في عمل الطبيب، فمضمون الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، لا يختلف بحسب ما إذا كانت الحامل مرتبطة بعقد، أو أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح، الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز افتراض خطأ الطبيب بمجرد إصابة الحامل بضرر، ولو كان بينها وبين الطبيب عقد علاج، بل إن خطأ الطبيب واجب الإثبات، وعلى الطبيب إثبات عكس ذلك٠([2])

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٣٦ بأن "العلاقة بين الطبيب أو الممارس الخاص وبين مريضه علاقة عقدية، تولد التزامات على الطرفين، منها التزام الطبيب ببذل عناية دقيقة واهتمام يطابق أصول المهنة الطبية المتعارف عليها، ويعد التزاماً ببذل عناية أن يتبع كل الوسائل الجيدة في العناية بمريضه"٠([3])

ومتى قدمت الحامل المضرورة دليلاً على إهمال الطبيب أو تهاونه في بذل العناية المطلوبة، فإن هذا الدليل يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يتحقق من حصول الفعل والتحقق من الوقائع، والرجوع إلى معيار الخطأ حتى يستطيع استنتاج خطأ الطبيب، وإذا كان

---

[1]) نقض مدني ٣١ ديسمبر ١٩٧٤، طعن رقم ٢٥٢ س ٣٧ ق، مجموعة أحكام النقض المدنية، س ٣٥، طبعة ١٩٧٤، ص١٥١٩٠

[2]) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص١٦٧ ٠

[3]) Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire". ibid. P, 34.

القاضي لا يحيط بطبيعة الأعمال الفنية والطبية، فله إن يلجأ إلى الخبير فيما يتعلق بهذه المسائل. فقوام الخبرة هو بحث حقيقة العناصر الفنية المتنازع في وجودها.(1)

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن لمحكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير المقدم إليها و الفصل فيما وجه إليه من اعتراضات، و أنها لا تلتزم باستدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته ما دام أن الواقعة قد وضحت لديها و لم تر هى من جانبها حاجة إلى اتخاذ هذا الإجراء أو كان الأمر المطلوب تحقيقه غير منتج فى الدعوى، و طالما أن استنادها إلى الرأى الذى انتهى إليه الخبير هو استناد سليم لا يجافى المنطق و القانون فلا يجوز مجادلتها فى ذلك".(2)

---

(1) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(2) نقض جنائي ٢١ فبراير ١٩٩١، الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٦٠ق،

المبحث الثاني
مسئولية الطبيب عن خطأ مساعديه

تمهيد:-

أدى التطور الطبي والعلمي الهائل في مجال الطب، إلى الالتجاء إلى فريق طبي متخصص. فكثيراً ما تقتضي حالة الحامل أن يستعين الطبيب المعالج بغيره من الأطباء لمعاونته، كطبيب الأشعة أو التحاليل أو طبيب التخدير، كما يستعين أيضاً بالممرضات. ومن هنا يثار تساؤل حول مسئولية الطبيب المعالج عن خطأ أحد مساعديه، والذي نشأ عنه ضرر أصاب الحامل أو جنينها، والبحث في طبيعة رابطة التبعية بينهما. وهو ما نتعرض له على النحو التالي:-

المطلب الأول
طبيعة رابطة التبعية أو المسئولية عن فعل الغير

نصت المادة ١٧٣ من القانون المدني المصري في الفقرة الأولى منها على الآتي "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً، رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

ترتيباً على ذلك فإن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، والتي تثبت للمتبوع على التابع. ويلزم أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب متبوعه. فالطبيب الذي يعمل في مستشفى لحسابه لا يعتبر تابعاً لإدارة المستشفى. أما الطبيب الذي يعمل لحساب صاحب المستشفى، فإنه يكون تابعاً لها. وبالتالي يكون الأخير مسئولاً عن أخطاء الأول متى

وقعت أثناء تأدية أعماله أو بسببها، وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري بقولها "يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حال تأديته وظيفته أو بسببها"٠

ففي مجال المسئولية التقصيرية تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه غير المشروعة على أساس الخطأ المفترض في جانب المتبوع، وذلك نتيجة سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته٠ وقد قضت محكمة النقض بدائرتها المدنية بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، وعلى ما يبين من نص المادة ١٧٤ من القانون المدني، تقوم على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، وتقوم علاقة التبعية على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها"٠([1])

ويرجع مناط هذه المسئولية إلى احتياج الحامل للرقابة والرعاية، فضلاً عن رقابة الطبيب على الممرضات والأطباء المساعدين له٠ فالطبيب الذي يكلف الممرضين بعمل فيه أهمية وخطورة، دون أن يتأكد بنفسه من سلامة عمل الممرضة أو كانت هذه الممرضة غير حائزة على الكفاءة والمؤهل الطبي اللازم للعمل الذي كان عليه أن يقوم هو به يعتبر مسئولاً عن الخطأ المرتكب في حالة حدوث أضرار تمس الحامل أو جنينها٠ ويعد ذلك تطبيقاً لنص المادة ١٧٤ مدني مصري من أن "رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه

---

[1]) نقض مدني ١٣ /١٢/١٩٩٠، الطعن رقم ٥٠١ لسنة ٥٧ ق، انظر كذلك أ. سمير الأودن، المرجع السابق، ص ٢١٧ ٠

متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه".[1]

وقد نصت المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسي على مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه[2]، على أن يكون التابع قد تصرف خلال ممارسة أو بمناسبة وظيفته تحت سلطة المتبوع، وهو ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس، حيث أقامت مسئولية طبيب التخدير على أساس المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي[3]، ومسئولية الجراح على أساس المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي، فقضت بأن" الجراح يُعد مسئولاً إذا ترك للممرضة وضع زجاجات الماء الساخن تحت أقدام المريض حال غيبوبته عقب إجراء عملية جراحية، ولم يراقب بنفسه درجة سخونة الماء بحيث نشأ عنها حروق للمريض أثناء تلك الغيبوبة، وقد بنت المحكمة حكمها هذا على أن المريض من وقت وضعه تحت تأثير المخدر إلى وقت إيقاظه، يعتبر في حالة تحتاج من الطبيب إلى أكبر جانب من اليقظة، وإلى أن يباشر بنفسه كل ما يجب نحو المريض، أو على

---

[1]) وهو ما أكدت عليه المادة/ ٢٤٠ من القانون المدني الكويتي

[2]) Code civil .Chapitre II:Des délits et des quasi-délits. Article 1384 "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsible".

[3])Code civil. Chapitre II : Des délits et des quasi-délits.ArticleArticle 1382 "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

الأقل يحتاج إلى أن يراقب تماماً كل عمل يُعمل للمريض من المساعدين".(١)

أما في مجال المسئولية العقدية، فإن الطبيب يُسأل عن فعل مساعديه. فإذا كان الطبيب مرتبطاً بالحامل بعقد علاج، وأصيبت الحامل بضرر بفعل أحد مساعدي الطبيب أو بفعل شخص آخر حل محل الطبيب في عمله، فإن المسئولية العقدية للطبيب عن فعل الغير تنعقد ، فضلاً عن فعله الشخصي.(٢)

واتجه رأي في الفقه إلى أنه إذا كان الطبيب لم يتعهد إلا بإبداء الرأي فيما يتعلق بعلاج الحامل ومن توجيهها، فإنه لا يُسأل إلا عن أخطائه الشخصية. وبالتالي إذا وضع الحامل تحت تصرف الممرضة، فليس له أن يصدر إليها التعليمات الواضحة من الناحية الطبية. فإذا لم يكن هناك ما يؤخذ عليه في هذه التعليمات، فالطبيب في هذه الحالة لا يتحمل مسئولية ما ترتكبه الممرضة من أخطاء في تنفيذها. بل تعد هي المسئولة عن فعلها الشخصي في حالة إصابة الحامل أو جنينها بأضرار.(٣)

المطلب الثاني
مدى مسئولية الطبيب عن أعمال مساعديه

قد يعمل الطبيب لحسابه الخاص، وقد يعمل في مستشفى عام أو خاص،الأمر الذي يجعلنا نفرق بين مسئولية الطبيب عن أعمال مساعديه في كل حالة على حدة، وذلك على النحو التالي:-

أولاً:عمل الطبيب لحسابه الخاص.

في حالة استعانة الطبيب بمساعد أثناء إجراء الكشف الطبي على

---

١) د. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص ٤١٨ .

٢) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها .

٣) انظر أ. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص ١٧٥ .

الحامل أو إجراء الفحوصات عليها، فإن الطبيب يكون مسئولاً عن فعل مساعده وفقاً للمسئولية العقدية. كما أنه في حالة استعانة الجراح لطبيب التخدير، فإن الجراح يعد مسئولاً عن فعل طبيب التخدير، الذي نتج عنه إصابة الحامل أو جنينها بضرر. (١)

واتجه رأي في الفقه إلى التفرقة بين ما إذا قام الجراح بتكوين الفريق الطبي التابع له دون تدخل المريض أو إذا كان ذلك بناء على تدخل هذا الأخير. في الحالة الأولى يكون الجراح مسئولاً مسئولية عقدية عن فعل الغير بناء على الرابطة العقدية بينهما. أما إذا لم توجد رابطة عقدية بينهما فإن مسئولية الجراح في هذه الحالة هي مسئولية تقصيرية عن فعله الشخصي، ومسئوليته عن فعل الفريق الطبي بناء على توافر رابطة التبعية بينه وبين الفريق الطبي. باعتباره رئيساً لهذا الفريق.(٢)

في الحالة الثانية تقوم الحامل بتكوين الفريق الطبي بنفسها. عندئذ إذا أصيبت بضرر ترتب عليه إسقاطها، فإن القاضي في هذه الحالة إذا استطاع تحديد المسئول عن هذا الخطأ، فإنه يكون مسئولاً عن خطئه الشخصي تجاه الحامل. وفي هذه الحالة تكون مسئوليته عقدية. أما إذا لم يستطع القاضي تحديد المسئول عن الضرر الذي أصاب الحامل أو جنينها، فإن القضاء اتجه إلى الأخذ بمسئولية الفريق الطبي. وذلك استناداً إلى فكرة المسئولية التضامنية(٣)، (١).

---

١) د. محمد محمد سويلم، المرجع السابق، ص٢١٩ وما بعدها .

٢) د. رأفت حماد "مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد العشرون، سنة ٢٠٠٥، ص ٩٤٣ .

٣) يعرف الدكتور السنهوري الالتزام التضامني بأنه "التزام يقوم على تعدد المدينين، مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله، وتكون ديونهم متميزة عن بعضها البعض لتعدد مصادرها وإن تمثلت في ادعاءات متماثلة، حيث تتجه جميعاً إلى غرض واحد، وهو إشباع ==

وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، هي مسئولية تبعية مقرره بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان الاجتماعي، فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد"٠([٢])

ثانياً: مسئولية الطبيب من خلال عمله في المستشفيات٠

نفرق في هذه الحالة بين كون الطبيب يعمل في مستشفى عام٠ أو يعمل في مستشفى خاص٠ أو كان هو صاحب المستشفى الخاص٠

أ) مسئولية المستشفى العام عن خطأ الطبيب٠

تُسأل المستشفى العام عن خطأ الطبيب على أساس المسئولية التقصيرية٠ فالطبيب الذي يعمل لدى مستشفى عام هو شخص مكلف بأداء خدمة عامة، والمريض لم يختر هذا الطبيب٠ ومن ثم لا

== حاجة الدائن، ويقع ذلك إما بالصدفة وإما إثر ظروف لا دخل للدائن بها" انظر د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٢٢ ٠

[١]) اتجه البعض إلى القول بأن فكرة الفريق الطبي، تقوم على إضفاء الشخصية المعنوية على الفريق الطبي، وبالتالي فإن كل فرد في الفريق الطبي يكون مسئولاً مسئولية شخصية وتضامنية تجاه الحامل، باعتباره دائناً للفريق الطبي، وذلك لأن مسئولية الجراح في الفريق الطبي اشبه ما يكون بمسئولية الشريك المتضامن في شركة التضامن، الأمر الذي يجعل للحامل الحق في الرجوع بالتعويض على الفريق الطبي باعتباره شخصية معنوية٠(انظر د. رافت محمد حماد، المرجع السابق، ص ٩٥٢)٠

- إلا أن فكرة الشخص المعنوي لاقت الرفض، وذلك على أساس أن الفريق الطبي لا يتمتع بذمة مالية خاصة به، ومستقلة عن ذمة أعضائه، وهذا يعني أن التعويض الذي يحكم به للمضرور على هذا التجمع، سوف تتحمله الذمم المالية الخاصة لمكونيه، كما أن الفريق الطبي لم يعترف له المشرع في مصر بالصلاحية للوجوب له أو عليه، أي لم يعترف له بالشخصية القانونية٠(انظر د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ١٠٦)٠

[٢]) نقض مدني ١٩٩٠/٣/٢٥، الطعن رقم ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ق، " الموسوعة الذهبية لأحكام محكمة النقض" حسن الفكهاني، ملحق ١٢، ص ٦٠٢ ٠

توجد بينهما رابطة عقدية. فالمستشفيات العامة هي مصالح عامة يجري فيها العمل طبقاً للقوانين واللوائح، فحقوق المستفيدين ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية بينها وبين الدولة. بل مستمدة من قواعد قانونية عامة راجعة إلى اللوائح والقوانين المنظمة للمصلحة.(١)

وفي ذلك اتجه القضاء الفرنسي إلى القول بأن "كافة الأعمال والعمليات الطبية التي يقوم بإجرائها أطباء الامتياز في المستشفى، يجب أن تتم تحت إشراف وتوجيه مدير المستشفى لأنه هو المسئول عن نتائجها، ومن ثم يكون مسئولاً عن الأخطاء التي يرتكبها طبيب امتياز أثناء قيامه بإجراء عملية ولادة وكانت ناشئة عن رعونته وعدم استخدام جفت الولادة، بطريقة مخالفة للقواعد العلمية الصحية فيسبب نزيفاً حاداً في الرحم والمجاري البولية".(٢)

وسواء كان العلاج بالمجان أو بأجر، ففي الحالتين يخضع المريض لنظام المستشفى الذي يحدد حقوقه والتزاماته. ولا يشترط ثبوت الخطأ في حق الشخص المعنوي المتمثل في المستشفى؛ ذلك لأنها متعهدة للجمهور بضمان حسن سير المصلحة. فهي مسئولة بصفة مباشرة عن خطأ الطبيب ولو كان شخصياً. وفي ذلك قضت محكمة النقض بدائرتها المدنية بأن "الخطأ المرفقي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد العاملين بالمرفق، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها، سواء أكانت هذه القواعد خارجية أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أم داخلية أي سنها المرفق لنفسه، أم

---

(١) أ. عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٢) المستشار. منير رياض حنا "المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة"، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية، طبعة ١٩٨٩، ص ١٣١.

يقتضيها السير العادي للأمور"٠(١)

ويثار التساؤل عن طبيعة العلاقة بين الطبيب وبين المستشفى العام٠

اتجه رأي إلى القول بأن الطبيب في عمله الفني، يتمتع بقدر من الاستقلال يمنع من كونه تابعاً لشخص آخر، إن لم يكن طبيباً مثله يمكنه مراقبته في مثل هذا العمل(٢)٠

واتجه غالبية الفقه إلى أن المستشفى تُسأل عن عمل الطبيب تبعاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية، متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه، ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية(٣)، فعلاقة التبعية قائمة على السلطة الفعلية في

---

١) نقض مدني ٦/٥/١٩٩٠، الطعن رقم ١٧٩٧ لسنة ٥٨ ق، " الموسوعة الذهبية للفكهاني" المرجع السابق، ص ٦٠٤ ٠

٢) انظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٧٥ ٠

٣) قضت محكمة النقض بدائرتها المدنية بما يلي " حيث أن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه- عرض للدفع المبدي من الطاعنة بعدم قبول الدعوى، لرفعها من غير ذي صفة، ورد عليه بقوله، وحيث أن الثابت من الأوراق ومن شهادة (أطباء شركة مصر للتبرول أو الطبيب المتهم)- كانت الشركة المذكورة قد تعاقدت معه بصفته أخصائياً في امراض العيون، على أن يتولى توقيع الكشف الطبي على العاملين فيها وإجراء ما يراه بشأنهم من علاج، والثابت أن المدعي بالحق المدني (مورث المطعون ضدهم) قد أحيل إلى الدكتور/ ٠٠٠ بناء على أمر من طبيب الشركة المقدم، كما أن الدكتور/٠٠٠٠ قدم أوراق تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وبين شركة مصر للبترول، وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبي الخاص بالمدعي بالحق المدني لديها ما يفيد ذلك، وحيث أنه متى كان ذلك فإن الطبيب٠٠٠ يعتبر في كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعاً لها، حتى فيما يعتبر من صميم فنه، إذ لا ضرر من أن تلحق صفة التبعية أشخاصاً ينطوي عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع، فتقتصر بذلك رقابتهم على مجرد التوجيه العام٠ وحيث أنه لا يغير من هذا الوضع القانون، كون الطبيب المتهم لا يعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول، لأن علاقة التبعية وإن كانت تقوم في كثير من الحالات على عقد الخدمة، ولكنها لا تقتضي حتماً وجود ذلك، بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً على نحو دائم أو أن يكون ==

إصدار الأوامر للتابع، سواء في آداء عمله، أم في الرقابة عليه ومحاسبته. ولا يشترط لقيام هذه الرابطة أن يكون للمتبوع سلطة الإشراف الفني الإداري على التابع.(¹) وهو ما أكدت عليه محكمة النقض والتي قضت بوجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية فهي كافية لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب.(²)

وعلى الرغم من اشتراط أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه لقيام رابطة التبعية، إلا أن ذلك لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه. ذلك أن أساس مسئولية المتبوع وفقاً لنص

== مأجوراً على الإطلاق. فعلاقة التبعية تقوم على سلطة فعلية، وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية، بل يكفي أن تكون فعلية، يجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه. وقد تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه، فإنه متى كان ذلك رقابته وتوجيه، إذ أنها هي(الشركة) التي تحيل إليه المرضى ومنهم المدعي بالحق المدني وتعطي له أمر علاجه، ويمكنها إنهاء ذلك العلاج، فإنها تكون متبوعة للطبيب المتهم في شأن حالة المدعي بالحق المدني، ويكون الدفع الذي أبداه وكيلها في غير محله من القانون متعين رفضه، وما أورده الحكم من ذلك صحيح في القانون؛ ولما كان الحكم قد أقام قضاءه بمسئولية الشركة الطاعنة عن الضرر الذي أصاب مورث المطعون ضدهم بالتضامن مع الطبيب الأخر على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً لحقيقة العلاقة بينهما بما تتحقق معه تبعيته لها، فإن الحكم لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون، فيكون خال من شائبة القصور ومما يتعين معه رفض الطعن". (نقض مدني ١٩٧٣/١٢/١١، الطعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق، مشار إليه أ. السيد عبد الوهاب عرفة،" المسئولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، مقارن بالشريعة الإسلامية"، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩، ص ٥٦).

¹) انظر د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٤٩ وما بعدها .

²) نقض مدني ١٩٣٦/٦/٢٢، الطعن رقم ٢٢ لسنة ٦ق،" مجموعة القواعد القانونية" الجزء الثاني، ص ٩٧٢، رقم ٣٢ .

القانون، تقوم على مظنة صدور خطأ منه في اختيار تابعه وفي مراقبته وتوجيهه وباعتباره يستفيد من نشاط تابعه لمصلحته.([1]) وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في قضائها بأن "وجود علاقة التبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض، أقل ما فيها أنها علاقة فيها رضى ذوي الفن أن يكون تابعاً أدبياً لإدارة المستشفى، وتلك علاقة مقطوع قانوناً بأنها تحمّل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب".([2])

مع ذلك فإن قيام السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، لا تكون للطبيب الجراح في المستشفى العام على الطبيب الذي تعينه إدارة المستشفى لإجراء التخدير. وبالتالي فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعاً للجراح وفقاً لما نصت عليه المادة ١٧٤ مدني مصري. وأكدت على ذلك محكمة النقض بدائرتها المدنية بقولها "فقد حدث أن توفى أحد المرضى نتيجة خطأ في طريقة التخدير لاستعمال طبيب التخدير بنجاً كلياً بدلاً من البنج الموضعي، وقد اعتبر الحكم المطعون فيه أن الطبيب الذي أجرى الجراحة مسئولاً عن هذا الخطأ، مع أن هذا الطبيب الجراح لا يُسأل إلا عن الجراحة التي أجراها ولا يستطيع أن يتدخل في عملية التخدير طالما أن الذي قام بها هو الطبيب المختص بالمستشفى ولم يكن للطبيب الجراح دخل في اختيار طبيب التخدير، كما لم يكن في وسعه أن يمنعه من مباشرة عملية تخدير المريض المتوفي، كما أنه ليس له حق اختيار غيره لمباشرة هذه الجراحة، لأن كليهما طبيب في مستشفى حكومي، وإدارة المستشفى هي التي تختار الأطباء وتعين اختصاصاتهم، وليس لطبيب الجراحة سلطة على طبيب التخدير تجعل من هذا الطبيب تابعاً له حتى

---

[1]) ا. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص ٤٢٢ .

[2]) نقض مدني ١٩٣٦/٦/٢٢، سابق الاشارة إليه.

يُسأل الجراح عن خطئه، لأنه بحكم كونه طبيباً بالمستشفى ما كان يستطيع أن يمنع طبيب التخدير الذي عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير في الفترة التي أجريت فيها الجراحة من مباشرة تخدير المريض المتوفى، أو أن يختار غير هذا الطبيب للقيام بهذه العملية، فلا يمكن مساءلة طبيب الجراحة على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، لأن طبيب التخدير ليس تابعاً للأول في حكم المادة/١٧٤ من القانون المدني، لأنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح في مستشفى عام على الطبيب الذي عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير"(١) .

ترتيباً على ذلك فتتحقق مسئولية المستشفى العام عن أعمال تابعيها، استناداً إلى مسئولية التابع عن أعمال تابعه. وذلك متى ارتكب التابع خطأ أثناء تأدية وظيفته أو بسببها. وبالتالي فالطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى عام في حالة ارتكابه خطأ أضر المرأة الحامل أو جنينها، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته. ومن ثم تقوم مسئولية إدارة المستشفى عن هذا الخطأ.(٢)

ب) مسئولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب.

اتجه رأي في الفقه إلى أنه إذا كانت الطبيب هو صاحب المستشفى والمسئول عنها، فإنه يتحمل مسئولية الخطأ الذي يقع من جانب مساعديه. سواء كان طبيباً أم ممرضاً. ذلك لأنه ملتزم قِبل المريض بعقد الاستشفاء الذي يلتزم بمقتضاه بتقديم الخدمات

---

(١) نقض مدني ١٩٦٩/٧/٣، الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ق، " مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية والجنائية" السنة ٢٠، ص ١٠٤٩

(٢) انظر د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٥٧ .

الطبية اللازمة للمريض، وتقديم الرعاية والعناية والمعاونة الطبية اللازمة له، وبالتالي فهو يتحمل كل تقصير في عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً طبقاً لقواعد المسئولية عن فعل الغير.[1]

ويميز رأي آخر في الفقه بين مصدر الخطأ استناداً إلى التمييز بين مصدر الضرر،.فإذا كان الضرر الحادث للمريض قد نشأ عن العمل الطبي للطبيب، فإنه يُسأل عن خطئه في العمل الطبي. أما إذا كان الضرر ناشئاً عن عمل من أعمال الخدمات الطبية التي تلتزم المستشفى بتقديمها للمريض، فإن المستشفى تُسأل عن هذا الخطأ.[2]

وقد ذهب رأي آخر إلى القول بأنه لا ضرورة للبحث حول ما إذا كان الضرر قد نتج عن خطأ المستشفى أو عن خطأ الطبيب، حيث إنه توجد علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى التي يعالج فيه المريض، ولو كانت هذه العلاقة مجرد علاقة تبعية أدبية، فإنها كافية لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب. ومن ثم تنضم مسئولية المستشفى إلى مسئولية الطبيب لتوفر للمريض أكبر قدر من الضمان.[3]

ويشترط لقيام مسئولية المتبوع عن أعمال التابع، وقوع الخطأ من الطبيب. فلولا مسئولية التابع ما قامت مسئولية المتبوع، وبالتالي فإذا لم يثبت الخطأ في جانب التابع وهو الطبيب، فلا مسئولية تقع على إدارة المستشفى. وفي حالة لخطأ الثابت في جانب التابع لا تكون المستشفى في هذه الحالة مسئولة عن خطأ شخصي وقع منها، وإنما تكون مسئولة على أساس الخطأ المرتكب من قبل الغير التابع لها.

---

[1] د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

[2] أ. سمير الأودن، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

[3] د. حسن الإبراشي، مشار إليه د. سمير الأودن، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

وبالتالي تكون متضامنة معه ومسئولة عن أفعاله غير المشروعة، وليست مسئولة معه بصفتها مدينة.([1])

بناء على ذلك يجب أن يثبت المضرور خطأ التابع، وأن هذا الخطأ هو السبب في إلحاقه الضرر، حتى يرجع على المتبوع. وإن كانت مسئولية التابع قد تتحقق بناء على الخطأ المفترض.([2])

وتقوم مسئولية المستشفى أو المنشأة الطبية الخاصة عن أخطاء تابعيها على أساس فكرة الضمان القانوني. ذلك أن المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من أخطاء تصيب الغير حال تأديته الوظيفة أو بسببها. وقد أكدت محكمة النقض ذلك بقولها "مسئولة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهي تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في أن يرجع على تابعه في حدود الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله، لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه".([3])

خلاصة ذلك أن المستشفى الخاص تُعد مسئولة عن أخطاء الأطباء الذين يعملون فيها على أساس ضمان هذا العمل الطبي. ويرجع السبب في ذلك إلى الثقة التي منحها المريض لهذه المستشفى. فيوجد التزام عقدي بين المريض والمستشفى الخاص، الأمر الذي يجعلها تلتزم بمضمون هذا العقد بضمان سلامة

---

[1]) نقض مدني ١٩٥٤/١٢/١٦، الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٢١ق، " مجموعة القواعد القانونية" الجزء الثاني، ص ٩٧٢، رقم ٣٥ .

[2]) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٥٦ .

[3]) نقض مدني ١٩٦٩/١/٣٠، الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق.

المريض، ومن ثم تلتزم المستشفى بتعويض المضرور مع إقرار مسئولية الطبيب، وللإدارة أن ترجع بعد ذلك على الطبيب بالتنفيذ الإداري المباشر، أو بدعوى الحلول محل المضرور الأصلي وهي ما تخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

ويثار التساؤل الآن حول ما إذا نتج عن استخدام الطبيب للآلات والأجهزة الطبية أضرار أصابت الحامل أو جنينها، فهل يُسأل الطبيب عن تلك الأضرار؟

من البين أن التقنيات الحديثة ووجود آلات وأجهزة طبية مستحدثة، أصبحت لازمة في استعانة الأطباء والجراحين بها في المجال الطبي، وذلك من أجل إجراء التشخيص أو العلاج أو الفحوصات الطبية، لما تؤديه هذه الأجهزة من أهمية في هذا المجال. مثل ذلك أجهزة الأشعة، والأجهزة المستخدمة أثناء الجراحة. ويلقي ذلك على عاتق الطبيب التزاماً بحماية الحامل وجنينها عما قد ينتج عنها من أضرار. ومع ذلك قد ينتج عن استخدامها أضرار بالغة قد تؤدي إلى إسقاط الحامل، أو إصابة الجنين بتشوه. ومن ذلك قيام الطبيب بفحص الجنين عن طريق منظار رؤية الجنين، مما أدى إلى حدوث نزيف في الجنين أو المشيمة أو جرح الجنين، الأمر الذي يؤدى إلى تشوه الجنين أو إسقاطه في بعض الأحيان.

والقاعدة أن الطبيب يُسأل عن تعويض الضرر الناتج عن استخدام هذه الآلات والأجهزة دون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانبه. وذلك يعد تطبيق للمادة ١٧٨ من القانون المدني المصري والتي تنص على أن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة"(١). غير أنه

---

(١) يقابلها نص المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على الآتي:- ==

من الضروري التفرقة بين ما إذا كانت العلاقة بين الطبيب والحامل عقدية أم غير عقدية.

بناء على ذلك تنعقد مسئولية الطبيب في حالة افتراض خطؤه في الحراسة بتوافر شرطين. الأول وهو أن يكون هذا الطبيب حارساً للشئ، أي أنه يباشر عليه سلطة فعلية وسيطرة على الآلات والأجهزة لحسابه. وبالتالي فإن الطبيب لا يعتبر حارساً للأشياء إذا كان يعمل في مستشفى عام؛ ذلك لأنه يخضع لإشراف وتوجيه المستشفى. وتكون المستشفى في هذه الحالة هي الحارس، ومن ثم تُسأل المستشفى العام عن الأضرار التي تصيب الحامل أو جنينها من جراء استخدام هذه الأشياء([1]).

أما الشرط الثاني فيتمثل في ضرورة انتفاء العلاقة العقدية بين الطبيب وبين الحامل المضرورة؛ ذلك أنه متى وجد عقد بين الطبيب والحامل سواء قام الطبيب بالتشخيص أم العلاج أم إجراء جراحة ما، فإنه لا مجال لإعمال مسئولية حارس الأشياء. ومن ثم يقع على عاتق الحامل إثبات وقوع الخطأ من الطبيب. ذلك أن الطبيب يخضع في ذلك لنفس الأحكام التي تنظم مسئوليته عن الفعل الشخصي. فالطبيب يُسأل في حالة وجود عقد عن عدم بذل العناية اللازمة والتي تقررها أصول مهنته. وعلى الحامل أن تثبت وقوع خطأ في جانبه لعدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية.

ومتى كان الطبيب حارساً لأشياء وأجهزة وآلات خطرة تستلزم

= Code civil. Chapitre II : Des délits et des quasi-délits. Article 1384 En savoir plus sur cet article."On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

[1]) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

عنايته، وترتب على استخدامها أضرار أصابت الحامل أو جنينها ، فإن الحامل المضرورة عليها أن تثبت وقوع الضرر لها، وتعفى من إثبات خطأ الطبيب، حيث أنه يصبح مفترضاً في هذه الحالة، ويعفى الطبيب من المسئولية في حالة إثباته أن الضرر الذي أصاب الحامل أو جنينها كان لسبب أجنبي لا يد له فيه، من ذلك انقطاع التيار الكهربي عن جهاز الأشعة، أو وجود قوة قاهرة أو حادث فجائي كنشوب حريق في الأجهزة، أو أثبت أن الضرر كان نتجة فعل الحامل نفسها أو فعل الغير،

وقضت محكمة النقض بدائرتها المدنية بما يلي "حيث أن واقعة الدعوى - حسبما استخلصتها المحكمة من أوراقها وما تم فيها من تحقيقات - تتحصل فيما أبلغ به وقرره ..... أن شقيقته المجني عليها أدخلت مستشفى .... الخاصة بتاريخ .... لإجراء عملية جراحية بالغدة الدرقية بالرقبة بمعرفة الطبيب .... وبعد إجراء تلك العملية شعرت المجني عليها بحرق كهربائي بساقها اليمنى ومؤخرة القدم اليمنى وقد أوضح الطبيب المعالج أن الحرق سطحي من أحد الأجهزة بغرفة العمليات وأمر بنقلها إلى مستشفى التأمين الصحي في .... ثم أوصى باستكمال العلاج بالمنزل إلا أنه نظرا لتطور الجرح تم إدخالها مستشفى ....، وبتاريخ .... تم إجراء عملية جراحية لها تحت إشراف الدكتور .... الذي اتضح له أن الحرق عميق ووصل إلى عظمة الساق مما يتطلب بتره لأن فرصة الشفاء ضئيلة وأشار باستمرار العلاج وبعد ذلك تم الاتصال بالطبيب ...... والدكتور ...... مدير مستشفى .... الخاصة اللذان تبادلا إلقاء المسئولية كل على الآخر، وحيث أنه بسؤال المجني عليها .... رددت مضمون ما قرره شقيقها المبلغ وإضافت أنها تتهم الطبيب .... بإحداث إصابتها، وحيث أن بسؤال ....

مدير مستشفى .... الخاصة قرر أن الطبيب .... الذي يعمل بمستشفى .... هو الذي أجرى العملية الجراحية للمجني عليها، وأن تلك العملية تستلزم استعمال الجهاز الكهربائي لكي الأوعية الدموية حتى لا يحدث نزيف للمريضة أثناء إجرائها وقد تم اكتشاف الحرق بعد انتهاء العملية وأضاف أنه يتم فحص الجهاز بواسطة الجراح وطاقم العمليات قبل إجراء العملية للتأكد من صلاحيته وأرجع السبب إلى الارتفاع المفاجئ لقوة التيار الكهرباء وأقر بسلامة الجهاز، وحيث أنه بسؤال .... المرضة بمستشفى .... الخاصة قررت أنها كانت تساعد الطبيب وقت إجراء العملية وأن الجهاز كان بحالة سليمة وأرجعت الحادث إلى احتمال ارتفاع ضغط الكهرباء، وحيث أنه بسؤال المتهم .... أنكر ما نسب إليه وقرر أنه قام بعملية استئصال الغدة الدرقية برقبة المجني عليها وتمت بنجاح إلا أنها شكت من الحرق وأضاف أن الجهاز الكهربائي الذي استخدمه في عملية الغدة صالح للاستعمال بدلالة أنه سبق استعماله في إجراء عملية جراحية مماثلة في الشهر السابق على إجراء العملية للمجني عليها وعلل الحرق بوجود خلل في الجهاز وليس في استخدامه وأن ما حدث لا يعتبر خطأ مهنيا أو جراحيا، وحيث أن تقرير الطبيب الشرعي المؤرخ ١٩٨٦/٣/١٩ أورد في نتيجته النهائية: ١- أن إصابة المجني عليها بالساق اليمنى كانت نتيجة حرق كهربائي بالساق أثناء جراحة الاستئصال لغدة درقية سامة مرتجعة وهي جراحة دقيقة ويصاحبها نزيف شديد من موضع الجراحة واستعمال الكي الكهربائي بجهاز الدياثرمي كان أساسيا وضروريا في إجرائها. ٢- يعزى الحرق الكهربائي إلى خلل مفاجئ في كفاءة عمل جهاز الدياثرمي "الكي بالكهرباء" سواء كان ذلك نتيجة لاختلاف وارتفاع مفاجئ في التيار الكهربائي أو عطل مفاجئ في مكونات الجهاز

وفي كلا الحالتين لا يعتبر الجراح مسئولا عن ذلك. ٣- أن الطبيب الجراح ليس مسئولا عما أصاب المجني عليها ولا يعتبر ذلك خطأ أو إهمالا من جانب الطبيب الجراح وإنما المسئول عن هذا هو الشخص المكلف بصيانة الأجهزة الكهربائية٠٤- هذا وقد تخلف لدى المجني عليها من جراء الحرق الكهربائي بالساق اليمنى عاهة مستديمة يرجأ البت في مقدارها لحين إعادة الكشف الطبي عليها مرة أخرى نظرا لعدم استقرار إصابتها، وحيث إن المجني عليها ادعت مدنيا أمام محكمة أول درجة قبل المتهم ومدير مستشفى .... الخاصة بصفته مسئولاً عن الحقوق المدنية طالبة إلزامهما بأن يؤديا لها مبلغ واحد وخمسين جنيها على سبيل التعويض المؤقت عن الأضرار التي أصابتها مع المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة٠

وحيث أن المجني عليها مثلت أمام هذه المحكمة - محكمة النقض - مع محاميها الذي صمم على الطلبات وقدم ما يفيد إنهاء خدمة المجني عليها - كما حضر محامي المتهم وطلب البراءة ورفض الدعوى المدنية، وحيث إنه لما كان من المقرر أن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير شأنه في ذلك شأن سائر الأدلة - وأنها لا تلتزم بالرد على الطعون الموجهة إلى ذلك التقرير مادامت قد أخذت بما جاء به لأن مؤدى ذلك أنها لم تجد في تلك. الطعون ما يستحق التفاتها عنه - وكانت هذه المحكمة تطمئن إلى النتيجة التي انتهى إليها تقرير الطبيب الشرعي من أن الحرق الكهربائي يعزي إلى خلل مفاجئ في كفاءة عمل جهاز الكي بالكهرباء وأن الطبيب الجراح ليس مسئولا عما أصاب المجني عليها، وكان من شأن ذلك - في خصوصية هذه الدعوى - نفي الخطأ في جانب المتهم، وإذا انتفى الخطأ امتنعت المسئولية، كما أن المحكمة لا ترى في الأوراق وأقوال المبلغ والمجني عليها بمجردها ما

تستطيع أن تكون به عقيدتها بشأن توافر عنصر الخطأ في تطبيق الخطأ المستوجب لمساءلة المتهم جنائيا عن جريمة الإصابة الخطأ التي نشأت عنها عاهة مستديمة المسندة إليه، ومن ثم يتعين القضاء في موضوع الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبراءة المتهم مما أسند إليه عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية.وحيث أنه عن موضوع الدعوى المدنية، فإن المحكمة وقد انتهت إلى عدم ثبوت ركن الخطأ المستوجب لمساءلة المتهم جنائيا عن الجريمة التي أسندت إليه، فإن الدعوى المدنية التابعة لها والمستندة عليها تكون على غير أساس، ومن ثم فإن المحكمة تقضي برفضها".[1]

[1]) نقض مدني ١٥ إبريل ٢٠٠١، الطعن رقم ١٠٦٧٨ لسنة ٦٧ق.

المبحث الثالث

أسباب الإعفاء من المسئولية المدنية الطبية في القانون المدني

تمهيد:-

لا يكفي لقيام مسئولية الطبيب المدنية مجرد وقوع خطأ من جانبه، بل يلزم وقوع ضرر للحامل، سواء أصابها أو أصاب جنينها، وأن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ الطبيب وبين الضرر الذي أصابها، وإلا أعفى الطبيب من تلك المسئولية.

وتنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري على انه "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

وبالتالي فقد لا يكون الضرر الذي أصاب الحامل أو جنينها، نتيجة خطأ الطبيب وحده، بل قد تتدخل عوامل أخرى تساهم في إحداث هذا الضرر، مما ينفي معه مسئولية الطبيب، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على تشديد هذه المسئولية أو تخفيفها. ونتعرض لبيان تلك العوامل الخارجية والتي تنفي الخطأ عن الطبيب، والمتمثلة في القوة القاهرة، أو خطأ المريض، وكذلك خطأ الغير. وهو ما نتناوله على النحو التالي:-

المطلب الأول

أسباب الإعفاء من المسئولية المدنية الطبية وإعمالها في مجال الإجهاض

تتمثل أسباب الإعفاء من المسئولية المدنية الطبية، في القوة القاهرة وخطأ المريض، وكذلك خطأ الغير:(1)

---

(1) قضت محكمة النقض بدائرتها الجنائية بأن"الأصل مساءلة المتهم عن كافة النتائج المحتمل حدوثها نتيجة فعله الاجرامى ما لم تتدخل عوامل أجنبية تقطع رابطة السببية ==

(أ) القوة القاهرة:

تعرف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بأنه "كل ما ليس في وسع الإدراك البشري أن يتوقعه، وإذا أمكن توقعه فلا يمكن مقاومته".(1)

كما اتجه بعض الفقه إلى تعريف القوة القاهرة بأنها "حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر".(2)

وقد عرفه أحد الفقه بأنه "الحدث الذي ليس بالإمكان عادة توقعه أو ترقبه، ولا بالمستطاع دفعه، والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه أو للشئ دخل به، فيكون بمصدره خارجاً عن هذا وذاك".(3)

وبالتالي يلزم للقول بتوافر القوة القاهرة، والتي تؤثر في مسئولية الطبيب توافر عدة شروط، تتمثل في الآتي:-

١- عدم إمكانية توقعها:

يشترط عدم توقع القوة القاهرة التي حالت بين الطبيب وبين الوفاء بالتزاماته. فإن كان من الممكن توقعها، فيكون مخطئاً لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع هذا الحادث.

والمعيار في تحديد كون الواقعة المسببة للحادث غير متوقعة الحدوث، هو معيار موضوعي. و يلزم أن يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً وليس نسبياً. فينبغي ألا يكون من جانب الطبيب فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور.(4) ونحن نرى أن يقاس معيار عدم التوقع بنسبة حرص الرجل المعتاد، وليس بالنسبة لأشد

== وأن الخطأ المشترك في نطاق المسئولية الجنائية - بفرض قيامة - لا يخلى المتهم من المسئولية" نقض ٩ نوفمبر ١٩٩٢، الطعن رقم ١٣٨٧١ لسنه ٥٩ ق،

(1) أ. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(2) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٧٦. كذلك انظر د. سليمان مرقس، " شرح القانون المدني في الإلتزامات"، المطبعة العالمية، سنة ١٩٦٤، ص٣٦٧.

(3) د. عاطف النقيب، مشار إليه، د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

(4) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٧٨.

الناس حرصاً٠

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه في الماضي، بل قد يحدث في المستقبل مع عدم توقعه أيضاً٠ ومن أمثلة ذلك: نشوب حريق بالعيادة أثناء إجراء جراحة للحامل، وكذلك انقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء التحاليل الطبية أو الأشعة٠

ويختلف وقت عدم إمكانية التوقع، ذلك أنه في المسئولية العقدية تكون العبرة بوقت إبرام العقد بين الحامل أو ذويها٠ فإذا كان الحادث غير ممكن التوقع وقت إبرام العقد، كان ذلك كافياً في تحقق الحادث الفجائي٠ حتى ولو أمكن توقعه بعد إبرام العقد وقبل تنفيذ الالتزام٠ أما في المسئولية التقصيرية فيعتد بعدم إمكان التوقع وقت وقوع هذا الحادث٠([1])

٢- ألا يكون للطبيب دخل في وقوعها٠

يشترط في الخطأ الذي ينفي المسئولية عن الطبيب، ألا يكون للطبيب دخل في وقوعه، وألا يكون سببا فيه٠ كما أنه لا يجوز له الاحتجاج بنقص الأدوات الطبية، أو الأشخاص التابعين والمساعدين له في تنفيذ التزاماته٠

وفي حالة العوامل التي تؤدي إلى تطور حالة الحامل أو مضاعفاتها، فإذا كانت هذه العوامل متوقعة ويمكن تفاديها، فلا تنقص تلك العوامل من مسئولية الطبيب عن الضرر كاملاً٠ أما إذا كانت هذه العوامل مما لا يمكن توقعها، فإن ذلك يؤثر في مسئولية الطبيب المدنية٠([2])

---

[1]) انظر د. عبد الرشيد مأمون "علاقة السببية في المسئولية المدنية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٠٦٠

[2]) أ. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص ٥٨٩٠

٣ـ استحالة دفع هذا السبب الأجنبي.

يشترط في القوة القاهرة استحالة دفعها، سواء كانت هذه الإستحالة مادية كانهيار جزء من مبنى المستشفى الأمر الذي حال بين الطبيب وبين قيامه بالتزاماته تجاه الحامل. أم مرض الطبيب المفاجئ. أو كانت الاستحالة معنوية كموت شخص عزيز على الطبيب أثر في نفسه، مما جعل إجراء تلك الجراحة أمراً مستحيلاً.

وبالتالي يلزم أن يكون استحالة دفع هذه القوة القاهرة استحالة مطلقة وليست نسبية. والتي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكل شخص وجد في نفس ظروف الطبيب، ولمحكمة الموضوع تقدير ذلك الأمر.([1])

ترتيباً على ذلك فإذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في إحداث الضرر الذي أصاب الحامل أو جنينها، فتنتفي مسئولية الطبيب. ويقتصر الأمر على مجرد وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال المانع. أما إذا اشترك خطأ الطبيب مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، فإن الطبيب يكون مسئولاً مسئولية كاملة في مواجهة الحامل. لأن خطأه كان السبب في إصابتها بالضرر، فيسأل بمقدار ما ارتكبه من خطأ.([2])

ويثار التساؤل في حالة ما إذا حدث هبوط مفاجئ في القلب للمرأة الحامل أثناء إجرائها عملية جراحية، وذلك نتيجة حقنة تخدير، وهو ما يؤدي إلى وفاتها، فهل يشكل ذلك حادثاً مفاجئاً تندفع به مسئولية الطبيب؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يجب التذكير بأن هناك طبيبين في هذه الحالة: الطبيب الجراح وطبيب التخدير. هذا الهبوط المفاجئ للقلب يحدث تحت تأثير حقنة التخدير، وذلك يثير مسئولية طبيب

---

[1]) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص٥٨٩ .

[2]) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ١١٠ .

التخدير وليس الطبيب الجراح.

وفيما يتعلق بطبيب التخدير يجب التمييز بين وضعين: أما الوضع الأول فيتمثل في إعطاء حقنة التخدير يشكل خطأ، وذلك إذا كانت حقنة التخدير غير مناسبة أو كميتها أو طريقة إعطائها، تخدير كلي أو تخدير موضعي. كما قد يكون التخدير غير مناسب للمرأة الحامل، بالنظر إلى عمرها أو وزنها أو ظروفها الصحية. أما الوضع الثاني فيتمثل فيما إذا كان إعطاء حقنة التخدير لا تشكل خطأ، وذلك إذا كان نوع التخدير وكميته وطريقة إعطائه مناسبة، بالإضافة إلى أنه مناسب للمرأة بالنظر إلى عمرها ووزنها وحالتها الصحية. ومع ذلك حدث هبوط مفاجئ للقلب أودى بحياة المرأة الحامل أو أدى إلى إجهاضها.(1) وفي الحالة الأخيرة لا يعد سلوك طبيب التخدير خاطئاً. ومع ذلك يتوافر في حق طبيب التخدير خطأ إذا قبل تخدير المرأة الحامل في عيادة غير مرخص بإجراء عمليات جراحية فيها، ومنها عملية الولادة. ذلك أن المستشفى المرخص بإجراء العمليات فيها، يجب أن يتوافر فيها أجهزة إنعاش القلب عندما يحدث له هبوط مفاجئ. لذلك فإن طبيب التخدير وكذلك الطبيب الجراح يُسألان عن قيامهما بالعملية أو حتى ببدء العملية في عيادة غير مرخص بإجراء العمليات بها .

(ب) **خطأ المريض.**

تنتفي مسئولية الطبيب كاملة في حالة ما إذا ما وقع الفعل

---

(1) وقد ثبت علمياً أن هناك حالات قليلة للغاية يحدث فيها هبوط مفاجئ للقلب بعد إعطاء حقنة للتخدير، بحيث لا يمكن توقع حدوث هذا الهبوط أو توقيه، ولا يمكن القول بأن هناك قصوراً في الكشف الطبي على قلب المرأة قبل العملية، ذلك أن السبب لا يكون ظاهراً من التحاليل أو الأشعة، ولكن ذلك مرده ضعف عضلة القلب الذي لا يمكن الكشف عنه قبل التخدير، والحالة الوحيدة التي يمكن معرفة سبب الهبوط وأنه بسبب ضعف عضلة القلب، هو بتحليل عضلة القلب بعد الوفاة.

الضار من الحامل المضرورة وحدها. وذلك دون أن يشاركها خطأ الطبيب أو الغير. فالطبيب يستطيع نفي الخطأ عن نفسه في تنفيذ التزامه بمتابعة علاج الحامل، في حالة إقامته الدليل على أنها تهمل في اتباع تعليمات الطبيب أو تتعمد عدم اتباعها. أو أنها استعانت بطبيب آخر دون علمه. أو أخذت أدوية أو أعشاب دون علم الطبيب المعالج.([1])

ويشترط لإعمال قاعدة الإعفاء من المسئولية المدنية، توافر عدة شروط تتمثل في الأتي:-

١- الا يكون خطأ الحامل المضرورة راجعاً إلى خطأ الطبيب ومترتباً عليه. ولذلك فالطبيب الذي يصف علاجاً للحامل، وتأخذه بناء على طلبه ونتج عن ذلك إسقاطها، فإنه لا يعفى من المسئولية.([2])

٢- أن يكون خطأ الحامل هو السبب في إصابتها بالضرر، فإذا كان خطؤها وحدها هو السبب في إصابتها بالضرر. فيعفى الطبيب من المسئولية كاملة. أما إذا كان خطأ الحامل قد ساهم معه خطأ الطبيب، فإن الطبيب يعفى جزئياً من المسئولية بمقدار خطئه. سواء كان التزامه ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق نتيجة.([3]) وهو ما نصت عليه المادة ٢١٦ مدني مصري بقولها "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

بناء على ذلك إذا ساهم خطأ الطبيب مع خطأ الحامل، فيعد ذلك سبباً مخففاً لمسئولية الطبيب. وفي هذه الحالة يتم توزيع عبء التعويض بينهما بحسب مقدار مساهمة كل منهما في إحداث

---

[1]) د. محسن البيه، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

[2]) انظر د.عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٧١.

[3]) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

الضرر، متى استطاع القاضي تعيين مقدار جسامة كل خطأ منهما. وفي حالة عدم استطاعة تقدير خطأ كل منهما، فيلجأ القاضي إلى توزيع التعويض بينهما بالتساوي.([1])

غير أن ذلك لا يسري على المسئولية الجنائية؛ ذلك أن من المقرر أن خطأ المجني عليه لا يقطع علاقة السببية بين خطأ المتهم وحدوث النتيجة([2]). وبالتالي فإن الخطأ المشترك للطبيب والمرأة الحامل لا يقطع علاقة السببية، ومن ثم لا تندفع به المسئولية الجنائية للطبيب.

(ج) خطأ الغير.

الغير هو كل شخص غير الحامل المضرورة أو الطبيب أو الأشخاص الذين يُسأل عنهم قانوناً.([3])

وقد اتجهت غالبية الفقه إلى أنه لا يشترط لاعتبار فعل الغير سبباً أجنبياً يعفي الطبيب من مسئوليته، أن يكون هذا الغير شخصاً

---

[1]) راجع في ذلك د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٩٥ .

[2]) اخذ القضاء المصري معياراً لعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، والذي يتمثل في ضرورة توافر أمرين، وهما عامل مادي وعامل معنوي، حيث قضت محكمة النقض بأن " رابطة السببية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني، وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً... ومن المقرر أن المتهم في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً مسئول عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي، كإطالة أمر علاج المجني عليه أو تخلف عاهة مستديمة أو الإفضاء إلى موته ولو كانت عن طريق غير مباشر ما دامت لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة". نقض ١٩٧٤/٤/٨، مجموعة أحكام محكمة النقض"، س ٢٥، ص ٣٩٥، رقم ٨٥ .كذلك قضي بتوافر علاقة السببية بين نشاط الجاني في جريمة ضرب عمد والوفاة التي حدثت مهما ساهمت معه عوامل أخرى كالضعف الشيخوخي، أو الإهمال في العلاج، إن أن من الواجب على الجاني أن يتوقع هذه العوامل. نقض ١٩٣٣/١١/٢٠،" مجموعة القواعد القانونية"، الجزء الثالث، ص ٢٠٧، رقم ٢١١ .

[3]) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ١١٤ .

معلوماً، فمناط الإعفاء من المسئولية هو مجرد وقوع الضرر بفعل شخص من الغير أياً كان هذا الشخص، كما يجب أن يتصف فعل هذا الغير بالخطأ وقيام السببية بينه وبين ما أصاب الحامل من ضرر.([1])

ويشترط أن يكون فعل هذا الغير غير متوقع ولا يمكن دفعه، مما ينسب إليه وصف القوة القاهرة التي لا يمكن دفعها، الأمر الذي يترتب عليه نفي المسئولية عن الطبيب، ومن أمثلة ذلك: استدعاء الحامل طبيباً آخر غير الطبيب المعالج لها. فيستطيع الطبيب الأول أن يدفع مسئوليته بفعل هذا الغير إذا شكل فعله خطأ مستغرقاً لخطأ الطبيب الأول إن وجد، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض بقولها "خطأ الغير بفرض إسهامه لا ينفي خطأ المتهم إلا إذا استغرقه، إذ الخطأ المشترك لا يخلي المتهم من المسئولية ما دام الحكم قد أثبت قيامه في حقه، ويستوي في ذلك أن يكون سبباً مباشرا أو غير مباشر في حصوله، وتقدير الخطأ المستوجب مسئولية مرتكبه جنائياً ومدنياً موضوعي"([2]).

ترتيباً على ذلك إذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، فإن علاقة السببية تنتفي بين فعل الطبيب وبين هذا الضرر، وتنتفي عنه المسئولية كاملة، وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها "متى كان الحكم قد انتهى في منطق سليم إلى أن المتهم لم يرتكب خطأ ما، وأن الخطأ من جانب المجني عليه وحده، فإن ذلك يكفي بذاته للقضاء ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية قبله وقبل

---

[1]) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٩٧ ، كذلك انظر د.عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ١١٧، أيضاً د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٣٤٩ ،

[2]) نقض جنائي ١٩٦٨/١/١٥، الطعن رقم ٢١٤٨ لسنة ٣٧ق، " مجموعة أحكام محكمة النقض"، السنة ١٩، ص ٩٤، رقم ٥٥٤ ،

المسئول عن الحقوق المدنية"([1]).

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية "بعدم قبول الدعوى المدنية في مواجهة من قام بالإجهاض، إذا رفعت تلك الدعوى من الوالدين لابنتهم القاصرة، من أجل التعويض عن ضرر شخصي أصابهم من جراء ما قامت به ابنتهم المصابة بالجنون؛ ذلك أن تلك الدعوى مرفوضة بسبب خطأ ينسب إلى الوالدين، يتمثل في تقصيرهم في متابعة ابنتهم القاصر والرقابه عليها، وهو ما تقتضيه ظروفها الخاصة".([2])

أما إذا كان فعل الغير قد ساهمت معه أسباب أخرى في وقوع الضرر، كما لو أخطأ طبيب آخر في إحداث الضرر. فإذا كانت هناك علاقة تعاقدية بين الأطباء، فإن الحامل لا تستطيع أن تطالب أياً منهم بالتعويض كاملاً لانتفاء التضامن بينهم. وذلك في حالة عدم وجود اتفاق خاص بينهم بالتضامن، وبالتالي لا يجوز للحامل الرجوع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في إحداث الضرر، طالما استطاع القاضي تحديد نسبة خطأ كل منهم، وإلا تم توزيع المسئولية عليهم بالتساوي.([3])

أما في نطاق المسئولية التقصيرية، فوفقاً للقواعد العامة يوجد تضامن قانوني بين الأطباء. وللحامل أن ترجع على أي منهم بالتعويض كاملاً، مادام أن خطأ أي منهم لم يستغرق خطأ الآخر، وله أن يقوم بالرجوع على الآخرين. أما إذا استغرق خطأ أحدهما

---

[1]) نقض جنائي ١٩٥٨/٣/١٠، الطعن رقم ٢٠٣٢ لسنة ٢٧ق،" مجموعة أحكام محكمة النقض"، السنة ٩، ص ٢٦٧ .

[2]) Crim. 9 nov. 1972: Bull. crim. n° 333; D. 1973. Somm. 17; Gaz. Pal. 1973. • Crim. 26 mai 1956: Bull. crim. n° 396.

[3]) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص١٢١ .

الآخر، فتكون العبرة بالخطأ الذي يستغرق الآخر، ويكون المسئول عنه هو المسئول عن الضرر.([1])

غير أنه إذا كان ذلك يصدق بالنسبة للمسئولية المدنية، فإنه لا يصدق بالنسبة للمسئولية الجنائية التي لا يمكن دفعها بتوافر الخطأ المشترك على ما سبق بيانه. وعلى ذلك يُسأل كل من ساهم بخطئه في إحداث النتيجة الإجرامية . يبدو أن الإجهاض لا يشكل جريمة إذا كان مرده حدوث خطأ؛ ذلك أنه جريمة عمدية ولا تقوم بالخطأ غير العمدي. ويتصور أن يساهم في حدوث الإجهاض فعل عمدي من أكثر من طبيب، كما لو أعطى طبيب التخدير حقنة مخدرة للحامل بقصد المساهمة في إجهاضها مع طبيب آخر يتولى ذلك الإجهاض، فكل منهما فاعل أصلي في جريمة الإجهاض.

ثانياً: مدى جواز الاتفاق على تشديد المسئولية.

نصت المادة ٢١٧ مدني مصري على أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة". وبالتالي يجوز الاتفاق على أن يتحمل الطبيب الأضرار الناشئة عن السبب الأجنبي. وهذا الاتفاق يتم بين طرفي العقد، أي بين الطبيب والحامل وليس مع شخص آخر من الغير. وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ١٤٧ مدني مصري على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

على ذلك يجوز الاتفاق على تعويض الضرر بالرغم من خلو هذه المسئولية من ركنين أساسيين هما: خطأ الطبيب وعلاقة السببية. ويشترط لذلك أن يكون هناك اتفاق صريح وليس ضمنياً بين أطراف العقد، على تحمل الطبيب التعويض، وذلك دون البحث عن خطئه أو علاقة السببية.

---

[1]) نفس المرجع السابق، ص ١٢٢ .

وقد اتجه رأي في الفقه إلى أن هذا التعويض يعد نوعاً من التأمين، وذلك لضمان حصول المضرور على تعويض يجبر ضرره، متى كان الخطأ والسببية غير متوافران، ولم يوجد مسئول نلزمه بالتعويض، فيحل الطبيب محل المسئول عن أفعال القوة القاهرة والحادث الفجائي، بشرط توافر الاتفاق المسبق على ذلك.(1)

كما يجوز الاتفاق بين الحامل والطبيب على مقدار محدد من التعويض في وقت سابق على الإخلال بالتزاماته أو وقوع الضرر وبالتالي فالحامل تستحق التعويض في حالة إخلال الطبيب بالتزاماته وعدم تنفيذه لها، مما ترتب عليه إصابتها أو إصابة جنينها بأضرار، حتى ولو كان أقل من قيمة التعويض المتفق عليه، أو كانت قيمة التعويض تفوق هذا الضرر، مع إمكانية جواز تخفيض التعويض.(2)

ثالثاً: الاتفاق على تخفيف مسئولية الطبيب أو الإعفاء منها.

لم يرد نص صريح يجيز الاتفاق على تخفيف المسئولية المدنية. إلا أن المادة ٢١٧ مدني مصري أجازت الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية، في حالة خلوها من عنصر الغش أو الخطأ الجسيم، وبالتالي يجوز الاتفاق أيضاً على التخفيف. وقد أبطل المشرع الاتفاق على الإعفاء من المسئولية في المجال التقصيري. مما يوجب معه بطلان الاتفاق على التخفيف أيضاً، وفقاً لما نصت عليه المادة ٢١٧ /٢ مدني مصري.

ترتيباً على ذلك اتجه رأي في الفقه إلى بطلان الاتفاقات العقدية التي تتضمن التخفيف من المسئولية الطبية المدنية، حيث لا يجوز أن يخضع جسم الإنسان أو حياته للاتفاق على المال. بل إنه

---

(1) راجع د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩١٩ .

(2) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ٤١٠ .

على المشرع أن ينص صراحة على إبطال أي اتفاق يعفي أو يخفف من المسئولية التي يكون محلها حياة الإنسان أو صحته وسلامته.([1])

وبالتالي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية في حالة الإضرار بالحامل، والتي تنجم عن خطأ الطبيب؛ لأن الحامل لا تملك جسدها وليس لها حرية التصرف في جنينها أو في حياته. فجسم الإنسان وحياته وجسده يفوق كل اعتبار.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من مسئولية الطبيب المدنية

قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧- ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩- ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع العلاج الطبي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي :- ([2])

أولاً : التداوي

الأصل في حكم التداوي أنه مشروع، لما ورد في شأنه في القرآن الكريم والسنة القولية والفعلية، ولما فيه من "حفظ النفس" الذي هو أحد المقاصد الكلية من التشريع، وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص :

- فيكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره كالأمراض المعدية .

- ويكون مندوباً إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن، ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى .

([1]) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ٤١٢ .

([2]) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثالث، القرار رقم ٦٧، ص ٥٦٣ .

- ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين .
- ويكون مكروهاً إذا كان بفعلٍ يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها .

ثانياً : علاج الحالات الميؤوس منها

أ- مما تقتضيه عقيدة المسلم أن المرض والشفاء بيد الله عز وجل، وأن التداوي والعلاج أخذٌ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون، وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله .وعلى الأطباء وذوي المرضى تقوية معنويات المريض، والدأب في رعايته وتخفيف آلامه النفسية والبدنية بصرف النظر عن توقع الشفاء أو عدمه .

ب- إن ما يعتبر حالة ميؤوساً من علاجها هو بحسب تقدير الأطباء وإمكانات الطب المتاحة في كل زمان ومكان وتبعاً لظروف المرضى .

ثالثاً : إذن المريض

أ- يشترط إذن المريض للعلاج إذا كان تام الأهلية، فإن كان عديم الأهلية أو ناقصها اعتبر إذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية ووفقاً لأحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة المَوْلِيّ عليه ومصلحته ورفع الأذى عنه .على أن لا يُعتدّ بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالمَوْلِيّ عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء ثم إلى ولي الأمر .

ب- لولي الأمر الإلزام بالتداوي في بعض الأحوال، كالأمراض المعدية والتحصينات الوقائية .

ج- في حالات الإسعاف التي تتعرض فيها حياة المصاب للخطر لا يتوقف العلاج على الإذن .

د – لابد في إجراء الأبحاث الطبية من موافقة الشخص التام الأهلية

بصورة خالية من شائبة الإكراه كالمساجين، أو الإغراء المادي كالمساكين، ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر ولا يجوز إجراء الأبحاث الطبية على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء ٠

وكان ابن القيم قد قسم مسئولية الطبيب إلى عدة حالات، تتمثل على النحو التالي:- [1]

الحالة الأولى:- طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع (وزارة الصحة أو نقابة الأطباء والصيادلة) ومن جهة من يطببه (المريض أو الولي)، تلف العضو أو النفس، فلا ضمان عليه، مثال ذلك: أن يعطي الطبيب دواء للمريضة يتناسب مع حالتها، ومع ذلك يشتد عليها المرض وتتوفى، فالطبيب في هذه الحالة قد أعطى الصنعة حقها في فعل مأذون فيه من الشارع أو من المريض، فالطبيب لا يضمن٠

الحالة الثانية: متطبب جاهل باشرت يده من يطببه فتلف به، ففي هذه الحالة إذا علمت المجني عليها أنه جاهل وأذنت له في طبه، فلا يضمن٠ وإن ظنت أنه طبيب وأذنت له في طبه لأجل معرفته، ضمن الطبيب ما جنت يده٠

الحالة الثالثة: طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها، لكن أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه، فهذا يضمن لأنها جناية٠ مثال ذلك أن يقوم الطبيب بأخذ عينة من السائل الأمينوسي، الأمر الذي ترتب عليه إجهاض المرأة الحامل، فالطبيب يضمن لأنه تعدى إلى عضو صحيح (الجنين) فأتلفه ٠

---

[1]) "الطب النبوي"، للإمام أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية، إعداد المكتب العالمي للبحوث، تحت إشراف عبد المنعم العالي، دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر، بيروت، طبعة ١٤٠٣ هـ، ص ١٣٥ ٠

الحالة الرابعة: طبيب حاذق وماهر في صناعته، اجتهد في وصف دواء للمريضة، فأخطأ في اجتهاده فقتلها. فيضمن الطبيب في هذه الحالة.

الحالة الخامسة: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، ولكنه أخطأ، ولم يكن قد أخذ إذن المريضة أو وليها. ففي هذه الحالة يضمن لأن الخطأ نتج عن فعل غير مأذون به.

ويقول ابن رشد "وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك، لأنه في معنى الجاني خطأ، والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة، ومع ذلك جعلها بعض أهل العلم في مال الطبيب".([1])

وفي هذه الأحوال إذا سقط الجنين قبل الأربعين الأولى، فلا دية له. أما إذا سقط بين الأربعين والمائة وعشرين يوماً، ففيه غرة وليد أو جارية أو عشرة آلاف درهم فضة أو خمسمائة دينار ذهب. أما إذا سقط بعد نفخ الروح ونزل الجنين ميتاً، ففيه غرة أيضاً. وفي حالة نزوله حياً واستهل صارخاً ثم مات مباشرة، ففيه دية كاملة([2]).

خلاصة ذلك نجد أن مسئولية الطبيب المدنية عن الإجهاض في التشريع الإسلامي، لا تختلف عن حكم مسئولية الطبيب في غير حالات الإجهاض كالعمليات الجراحية أو مداواة المرضى. ومع ذلك يتم التشديد في تلك المسئولية؛ لانتشار تلك العمليات وارتكاب غالبها سراً في عيادات خاصة، حيث تكون هذه العمليات غير آمنة، وتتسبب في موت الحامل.

كما أن مسئولية الطبيب لا تقتصر عند فعل الإجهاض فحسب، بل تشتمل على جميع مراحل حمل المرأة. فقد يخطئ الطبيب عند

---

[1]) د. محمد على البار، المرجع السابق، ص ٤٩ .

[2]) إبراهيم بن محمد قاسم، المرجع السابق، ص٣٤٥ .

إجراء الفحص أو الأشعة أو أثناء متابعة حالة المرأة أثناء الحمل، أو علاجها. الأمر الذي قد ينتج عنه إجهاضها في أي مرحلة من هذه المراحل، والذي يكون الطبيب متسبباً في فعله. ومن ثم يسأل عنه بحسب نوع الخطأ الذي ارتكبه.

ويلحق الطبيب في مسئوليته من في حكمه كالممرضة والقابلة، ومساعدي الطبيب كفني المختبر ومعامل التحاليل. فكل منهم يسأل بحسب تقصيره في علمه، ويعتبر فيه ما يعتبر للطبيب بالنسبة لعمله، من حيث الأصول والقواعد المعتبرة لمهنته.

الفصل الثاني
المسئولية الإدارية الناشئة عن الإجهاض

تمهيد:-

تعتبر المستشفيات العامة مرافق عامة إدارية، تخضع لقواعد القانون الإداري، ومن ثم فإن مسئولية المستشفى العام والعاملين تجاه المرضى هي مسئولية المرفق العام تجاه المنتفعين بخدماته، ويحكمها قواعد القانون العام، والتي يختص بها هو القضاء الإداري، وبالتالي فإن إدارة المستشفى تقوم بتوزيع العمل بين الأطباء التابعين لها وتصدر لهم الأوامر، فهم يعملون لحسابها، ومن ثم فإن إدارة المستشفى العام تُسأل عن أخطاء الطبيب التي تقع منه حال تأديته عمله باعتبارها متبوعاً له، وهو ما تُسأل عنه الدولة .

وقد قضت محكمة النقض بالدائرة المدنية بأنه " لا تنافر إطلاقاً بين المسئولية الإدارية والمسئولية الجنائية، فكل يجري في فلكه، وله جهة اختصاص غير مقيدة بالأخرى، وأن مجازاة الموظف بصفة إدارية أو توقيع عقوبة عليه من المحكمة التأديبية عن فعل وقع منه، لا يحول أيهما دون إمكان محاكمته أمام المحاكم الجنائية بمقتضى أحكام القانون العام عن كل جريمة يتصف بها هذا الفعل؛ وذلك لاختلاف الدعويين الجنائية والتأديبية سبباً وموضوعاً، وأن قوة الأمر المقضي أمام المحاكم الجنائية لا تكون إلا للأحكام الجنائية الباتة، ومن ثم فإن الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية لا تنقضي بها الدعوى الجنائية، وليس لها قوة الشئ المحكوم فيه أمام المحاكم الجنائية".([1])

كما يعد الطبيب مسئولاً – بالإضافة إلى مسئوليته الجنائية أو

---

[1]) نقض مدني ٢٠٠٠/١١/٦، الطعن رقم ٤٣٠٩ لسنة ٦٢ ق، " مجلة المحاماه، نقابة المحامين بمصر"، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٢، ص ٣٦٢ .

المدنية أو الإدارية- تأديبياً عما ارتكبه من خطأ تأديبي، تقوم النقابة بتوقيعه عليه.وهو ما سوف نتعرض له من خلال بيان الخطأ التأديبي الذي يُسأل عنه الطبيب، وأركانه، والمعيار الذي يقاس به هذا الخطأ، وما هي العقوبات التي يكون للنقابة توقيعها على الطبيب؟

المبحث الأول:- المسئولة الإدارية عن الإجهاض (مسئولية المرفق الطبي العام).

المبحث الثاني:- المسئولية التأديبية للطبيب أو الصيدلي.

المبحث الأول
المسئولية الإدارية عن الإجهاض
(مسئولية المرفق الطبي العام)

تمهيد:

تنعقد مسئولية السلطة العامة أو المسئولية الإدارية، إذا ما أحدث نشاطها ضرراً أصاب الأفراد. ومن ثم فهي ملزمة بتعويض المضرور عن الأضرار التي أصابته. وقد تكون مسئوليتها هذه قائمة على خطأ جهة الإدارة، سواء أكان ذلك نتيجة نشاط المرفق أم الامتناع عن أداء خدمة. وقد تقوم نتيجة فعل مشروع دون خطأ في حقها. وفي حالة مسئوليتها على أساس الخطأ، فلا يشترط أن يكون هذا الخطأ جسيماً، بل يكفي أن يكون هناك خطأ، سواء كان جسيماً أو بسيطاً لمساءلة الإدارة عن الأضرار التي أصابت الأم أو جنينها، مع وجود علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر.

ويعتبر المريض عند تعامله مع المستشفى العام مستخدماً للمرفق العام. فلا يوجد عقد بينه وبين تلك الجهة، كما لا توجد علاقة بينه وبين الطبيب أو العاملين بالمستشفى. ومن ثم لا ترفع الدعوى عليهم بصفتهم الشخصية عن سوء آدائهم لمهامهم. وبالتالي فإن خطأ الطبيب يعد خطأ إدارياً، سواء كان هذا الخطأ قد حدث بمناسبة آدائه مهامه الطبية أم بسبب سوء آداء المرفق العام، يُسأل عنه المرفق الطبي إدارياً. (¹)

ويثار التساؤل حول ما هو الأساس الذي يسوّغ الالتزام الواقع على عاتق جهة الإدارة عن تعويض المضرور عما أصابه من أضرار، فما هي الاعتبارات التي من أجلها تقوم المسئولية؟ سوف نتناول ذلك من

---

1) Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire", 2005. P, 35.

خلال بيان مسئولية المرفق الطبي على أساس الخطأ في مبحث أول، ومدى إمكانية مساءلة المرفق الطبي دون خطأ وهو ما نتعرض له في مبحث ثان، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول

مسئولية المرفق الطبي العام على أساس الخطأ

تمهيد:-

الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى جهة الإدارة ولا يوصف بالطابع الشخصي المنفصل عن المرفق، وذلك نتيجة الإخلال بالتزامات المرفق، سواء كان ذلك نتيجة نشاط المرفق أو امتناعه عن آداء خدمة معينة . فأساس المسئولية الإدارية هو وقوع الخطأ، والذي يرجع معياره إلى مخالفة الإدارة للالتزام الواقع عليها.(1)

ولا يشترط أن يكون الخطأ جسيماً لانعقاد مسئولية الإدارة عن نشاطها، بل يكفي أن يكون الخطأ بسيطاً لمساءلة الإدارة عن الأضرار الناتجه عنه. وبالتالي فالإدارة تُسأل عنه إذا وقع منها تصرف غير مشروع، أدى إلى إصابة الأم أو جنينها بضرر مع وجود علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر.

ويدور البحث حول معيار الخطأ الذي يُسأل عنه المرفق الطبي؟ وهل يتعين أن يكون الخطأ جسيماً؟ وهل يمكن افتراض هذا الخطأ ؟ وما هي صور أخطاء المرافق الطبية العامة؟ وهو ما نعرض له من خلال بيان الآتي:-

الفرع الأول:أساس مسئولية الإدارة عن الفعل غير المشروع (الخطأ) في حالة حدوث الإجهاض.

الفرع الثاني: أخطاء المرافق الطبية العامة المفضية إلى إجهاض.

---

(1) د. عبد الفتاح أبو الليل "مسئولية الأشخاص العامة، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨، ص ٣١ .

الفرع الأول
أساس مسئولية الإدارة عن الفعل غير المشروع (الخطأ)
في حالة حدوث إجهاض

أولاً: الخطأ هو مخالفة لالتزامات الإدارة.

استقر الفقه والقضاء على أن معيار الخطأ القائم على أساسه مسئولية السلطة الإدارية، هو اعتبار الخطأ قائماً على مخالفة التزامات الإدارة. وهو ما يعني مخالفة الإدارة لإلتزام ما، أدى إلى وقوع الضرر الذي أصاب المضرور. فهذه الالتزامات تتحدد في ضوء الهدف من نشاط الإدارة.

ومن أمثلة ذلك كون الخطأ في العمل الطبي نفسه، والذي يقوم به الطبيب أو أحد معاونيه تحت مسئولية الطبيب ورقابته. فالمستشفى العام يقع عليها التزام بضمان سلامة المريض. وبالتالي فإن مخالفة هذا الالتزام يعد خطأ تُسأل عنه جهة الإدارة، سواء تعلق ذلك بمرحلة التشخيص أو العلاج أو التخدير.

ونتيجة اعتبار الخطأ خروجاً عن التزامات الإدارة، فإن هذا الخطأ يتميز بصفته الموضوعية دون البحث عن قصد مرتكب الخطأ. فلا عبرة بين ما إذا توافر لديه عنصر العمد أم لا. فالخطأ الإداري مجرد من جميع الظروف الذاتية والخاصة بالموظف الصادر منه الخطأ. ومع ذلك فإن القاضي يأخذ في اعتباره الظروف الخارجية المتمثلة في عنصر الزمن والإمكانات المادية والفنية.(1)

مع ذلك فليس للمرفق أن يتمسك بضعف إمكاناته؛ ذلك لأنه يلزم أن يتوافر لديه ما يلزم من الإمكانات التي يفي بها بالهدف من نشاطه. ومن ثم يجب أن تخضع الإدارة للإلتزامات التي تفرضها إدارة هذا النشاط. وبالتالي يتوافر الخطأ في حق جهة الإدارة، متى أصيبت

---

(1) د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٣٤ .

الحامل بأضرار نتيجة استخدام أساليب طبية، قطع التقدم العلمي بخطورتها وعدم فاعليتها٠

ثانياً: درجة جسامة الخطأ٠

اتجه القضاء الإداري المصري إلى أنه لا يجوز قيام مسئولية الإدارة على أساس الخطأ العادي البسيط، بل يلزم أن يكون هذا الخطأ جسيماً، حيث قضى بأن "المسئولية التقصيرية بالنسبة إلى السلطة العامة، لا ترتب الإلزام بالتعويض إلا على ركن الخطأ، وإذا كانت فكرة الخطأ فكرة معيارية تستعصي بطبيعتها على وضع تعريف جامع، إلا أنه أياً كانت الصورة التي ينطوي فيها الخطأ، سواء كان هو الاخلال بما يفرضه القانون بعدم الإضرار بالغير، أو إتيان عمل عن غير حق واعتداء على حق الغير، أو مقارفة عمل عن حق ولكنه اعتداء على حق الغير على أساس التعسف في استعمال الحق، أياً كانت هذه الصورة فلا يجوز أن تترتب مسئوليتها في هذه الحالة على الخطأ العادي، بل لابد لمحاسبتها أن يكون الخطأ جسيماً، وإلى هذا المعنى وحده تنصرف دلالة الخطا الموجب لمسئوليتها"٠(1)

واتجه رأي في الفقه إلى القول بأن الخطأ الجسيم لم يكن إلا آداة لتقييد مسئولية الإدارة٠ كما أن نشاط المرفق الطبي العام، يتم في نفس الظروف التي يتم فيها نشاط المرفق الطبي الخاص(2)٠ الأمر الذي جعل القضاء الإداري لا يشترط أن يكون الخطأ جسيماً لانعقاد مسئولية الإدارة، بل يكفي أن يكون الخطأ يسيراً أو جسيماً٠(3)

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٥٣/١١/١٥ "مجلة المحاماه المصرية"، السنة ٣٥، ص ١٩٠٨، رقم ٩٦٠ ٠

(2) د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٤٠ ٠

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٢/٤/٢٥ ، "مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا"، السنة ٢٧، ص ٥٢٣

واتجه رأي آخر من الفقه إلى ضرورة أن يكون الخطأ جسيماً وليس خطأ بسيطاً، ومع يجوز استثناء أن يكون الخطأ بسيطاً، إذا ارتكب الطبيب خطأ شخصياً منفصلاً عن المرفق العام، بمعنى عدم وجود علاقة بين خطؤه ومهامه الطبية التي وكلت إليه.(1)

أما القضاء الفرنسي فقد اشترط في الخطأ أن يبلغ درجة من الجسامة حتى تنعقد مسئولية الدولة، وذلك على أساس عدم جواز تهديد نشاط جهة الإدارة برفع الدعاوى عليها من المضرور، ومن أجل حماية الإدارة من التنكيل بها، ومع ذلك ففيما يتعلق بمجال منازعات المسئولية الطبية، فلم يعد القضاء الفرنسي يشترط جسامة الخطأ حتى تُسأل عنه جهة الإدارة، وذلك نظراً للصعوبات التي يواجهها المريض في إثبات الخطأ في المجال الطبي، فالمريض الذي يتوجه إلى المستشفى العام يعلم أن بها الخبرة الكاملة والدراية بأصول العلاج والرعاية، فليس من العدل أن يُسأل المرفق الطبي عن الخطأ الجسيم وحده، بل يلزم مسئوليته عن الخطأ سواء كان يسيراً أو جسمياً.(2)

الفرع الثاني

أخطاء المرافق الطبية العامة المفضية إلى الإجهاض

تمهيد:

تُسأل المستشفى العام على أساس المسئولية التقصيرية - على ما سبق وبينا- وذلك لعدم وجود عقد بين المريض والطبيب المعالج.

---

1) Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire".ibid , 2005. P, 35.

2) د. حمدي على عمر "المسئولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، بدون سنة نشر، ص ٧٩ .

كما لا يوجد عقد اشتراط بين المريض وبين إدارة المستشفى العام وأطبائها. فالطبيب الذي يعمل لدى المستشفى العام يعد مكلفاً بأداء خدمة عامة، وتكون علاقته بالجهة الإدارية علاقة تنظيمية وليست عقدية. وفيما يتعلق بمسئولية المستشفى العام على أساس الخطأ، فنجد أنها تتمثل في الآتي :-

(أ) الخطأ المتعلق بالعمل الطبي نفسه.

يُسأل المرفق الطبي عن الخطأ في العمل الطبي نفسه، والذي يتمثل في مخالفة الطبيب لأصول مهنته والتي تخضع لقواعد طبية مستقرة، ومن ذلك إحداث الطبيب ثقباً في كيس السلي وفقدان كمية من السائل الأمينوسي أثناء إجراء الفحوصات الطبية، الأمر الذي يترتب عليه حدوث تشوهات بالجنين، بل قد يؤدي إلى وفاته وإسقاطه.

كما تُسأل المستشفى العام عن خطأ الطبيب في تشخيص حالة الحامل ونصحها وزوجها بإجراء عملية إسقاط قبل الأوان، ثم يتضح بعد ذلك أن الجنين لم يكن مشوهاً. أو النصح بمواصلة الحمل على الرغم من أن نتائج الفحوصات مشكوك فيها، وهو ما ترتب عليه ولادة طفل مصاب بنفس المرض الذي تحمله أمه.

وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في قضية تتخلص وقائعها في الآتي: كانت سيدة تدعى Draon حاملاً في الشهور الأولى، وأثبت الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية الذي تم إجراؤه في الشهر الخامس من الحمل، كشف عن نمو غير طبيعي للجنين. وبتاريخ ٢٠ أغسطس لعام ١٩٩٦ تم أخذ عينة من السائل المحيط بالجنين في مستشفى Saint-Antoine والتي يتم إدارتها بواسطة المساعدة العامة لمستشفيات باريس، وأرسلت العينة التي تم أخذها من الجنين إلى معمل جينات الخلايا من أجل تحليل تلك العينة، وكان يرأس

هذا المعمل دكتور يدعى T0 وفي سبتمبر عام ١٩٩٦ قرر هذا الطبيب أن العينة التي تم تحليلها، أثبتت أن الجنين كان لديه نمط كرموزومي ذكري، ولم يتم إيجاد أي شذوذ. وفي ١٠ ديسمبر عام ١٩٩٦ ولد الطفل الذي يدعى R ولوحظ عليه جوانب شاذة متعددة، تمثلت في بطء نموه الحركي، وأن الفحوصات التي تم إجراؤها أدت إلى أنه كان هناك مرض خلقي في القلب بسبب شذوذ في الكروموزومات. واعترف الطبيب T بأن جهاز الموجات فوق الصوتية قد عمل بشكل خاطئ أثناء إجراء الفحص، وأفاد الطبيب بأنه يأسف لأنه كان هناك بالفعل عدم تناسق بين نسختي الكروموزمات الخاصة بالجنين، وأن الشذوذ لم يلفت انتباهه. وطبقاً للتقارير الطبيبة التي تم إجراؤها على الطفل R فقد تبين وجود اختلالات جسمية وعجز شديد وعجز كلي دائم، وضعف وزنه؛ الأمر الذي يتطلب معه وجود عناية كبيرة بالنسبة للعناية اليومية والإشراف عليه، بل ويتطلب معاملة خاصة. وفي ١٠ ديسمبر لعام ١٩٩٨ قامت السيدة Draon بمطالبة المستشفى بالتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة إعاقة الطفل R، وأجابت المستشفى أنها لم تكن تنوي أن تنكر مسئوليتها، لكنها طلبت من المدعية بتقديم طلب لمحكمة باريس الإدارية، من أجل تقدير الضرر الذي معه يتم تقدير التعويض عنه. وبتاريخ ٢٩ مارس عام ١٩٩٩ قدمت المدعية طلبها لمحكمة باريس الإدارية، كما قدمت طلب إلى قاضي الطلبات المستعجلة في نفس المحكمة، لتعيين خبير، وإصدار قرار وقتي. وفي ١٠ مايو عام ١٩٩٩ قرر قاضي الطلبات المستعجلة لمحكمة باريس الإدارية بصورة وقتية ٢٥٠٠٠٠ فرانك فرنسي (٣٨١١٢ يورو) بالإضافة إلى تعيين خبير. وعندما رفع الخبير تقريره في ١٦ يوليو عام ١٩٩٩، وأكد جدية وخطورة الحالة الصحية للطفل R، طلبت المدعية في مذكرة

تكميلية من المحكمة الإدارية، أن تقدر مبلغ التعويض الذي ينبغي أن يُطلب من المستشفى. وفي ١١ أغسطس عام ٢٠٠١، أصدر قاضي الطلبات المستعجلة قرار وقتي بمبلغ ٧٥٠٠٠٠ فرانك فرنسي (١١٤٣٣٦ يورو)، وذلك بالنظر لشدة الاختلالات التي يعاني منها الطفل R والمصاريف الكبيرة التي تلزم لتربية الطفل والعناية به منذ عام ١٩٩٦ . وقضت محكمة باريس الإدارية بتاريخ ٢ سبتمبر عام ٢٠٠٣، بمبلغ ١٨٠٠٠٠ يورو، وهو أقل من المبلغ الذي قرره قاضي الطلبات المستعجلة، بالإضافة إلى أن تدفع المستشفى مبلغ ٣٠٠٠ يورو بخصوص التكاليف الغير داخلة في المصاريف، وأن تتحمل تكلفة رأي الخبير. وفي ٣ سبتمبر عام ٢٠٠٣ استأنفت المدعية هذا الحكم، ومازال هذا الاستئناف متداولاً حتى وقتنا هذا أمام محكمة باريس الإدارية.(١)

ويعد من الأخطاء المتعلقة بالعمل الطبي نفسه، استعجال الجراح باستئصال رحم المرأة. وذلك دون إجراء تحليل عينه ثابتة لجزء من بطانة الرحم، وفقاً لنتائج تحليل العينة الأولى. فإن فعله هذا يُشكل خطأ موجب للمسئولية.(٢)

(ب) الخطأ المتعلق بتنظيم المرفق الطبي.

المستشفى العام تُسأل عن الأخطاء المتعلقة بسوء تنظيم المرفق الطبي. ومن أمثلة ذلك ما يتعلق بأخطاء العاملين الإداريين بالمرفق. وذلك كالتأخر في سرعة إسعاف الحامل، قد يكون نتيجة نقص في الآلات والأدوات اللازمة لإسعافها.

ويثار التساؤل عن أبعاد مسئولية المرفق العام عن إصابة الحامل أو الجنين بفيروس

---

1) Case of Draon v. France, (Application no. 1513/03). Judgment, Strasbourg 6 October 2005.

2)Tribunal administratif d'appal, Paris, 7mai 2002, Mme A,C/AP.HP, Actualité juridique- droit administrative, 2003, p. 803 .

الإيدز عن طريق العدوى بسبب نقل الدم.

نعلم أن مرض الإيدز يعني قصور الجهاز المناعي عن آداء وظائفه الحيوية، وهو ما يفضي إلى الموت غالباً. وترجع أسباب انتقال هذا المرض إلى انتقال فيروس الإيدز من الأم المصابة بالعدوى إلى الجنين. وقد ينتقل هذا الفيروس عن طريق الاتصالات الجنسية، وقد ينتقل أيضاً عن طريق نقل الدم الملوث الحامل للعدوى أو مشتقاته. والحالة محل بحثنا هي الأخيرة. وهي ما تدخل ضمن نشاط المرفق الطبي، فتقوم مراكز وبنوك نقل الدم بإجراء وفحص الدم ومشتقاته، ويكون المرفق الطبي العام في هذه الحالة مسئول عن أعمال الرقابة وضمان سلامة هذا الدم.

وتثور الصعوبة في حالة إثبات وقوع الخطأ من المرفق الطبي بالفعل، أم أن الحامل كانت حاملة لهذا الفيروس من قبل عن طريق العلاقات الجنسية، أو أنها أصيبت به بعد نقل الدم لها عن طريق إدمان المخدارت بالحقن، وفي حالة إذا ثبت خطأ جهة الإدارة فهل يشترط أن يكون هذا الخطأ جسيماً أم بسيطاً ؟

اتجه مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر- كما سبق وبينا- إلى اشتراط كون الضرر جسيماً حتى يمكن مساءلة المرفق الطبي، حيث اشترطت المحكمة الإدارية بباريس في حكم شهير لها، أن يكون الخطأ جسيماً حتى يمكن مساءلة جهة الإدارة، حيث تتلخص وقائع هذه القضية كالآتي" قام السيد Ojalvo برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بباريس، يطلب بتعويضه هو وأولاده القصر عن الأضرار التي أصابتهم بسبب وفاة زوجته، وذلك نتيجة نقل دم ملوث بفيروس الإيدز أثناء الولادة، والذي أجري لها في مستشفى Rotsehild، واستندت دعواه إلى أن الإدارة العامة للمساعدة الطبية بباريس ارتكبت أخطاء من شأنها تحريك مسؤليتها. ومع ذلك لم

يذكر السيد Ojalvo دليله على ذلك، ولم يقدم للمحكمة سوى شهادة طبية تفيد أنها لم تكن مصابة بأي مرض سهل انتقال الفيرس إليها قبل دخولها المستشفى. ورأت المحكمة أنه على افتراض أن انتقال فيروس الإيدز هو ما أدى إلى وفاة الزوجة وأن مصدره كان نقل الدم الذي أجرى لها في المستشفى، ولا يوجد نزاع في أن نقل الدم الذي أجري لزوجته كان ضرورياً لها، وكان من الثابت في هذا التاريخ أنه لا توجد أي وسيلة علمية لكشف هذا الفيروس عند المتبرعين بالدم، فإن الإدارة العامة بباريس لا ينسب إليها أي خطأ، ومن ثم قضت المحكمة برفض الدعوى على أساس أن السيد Ojalvo لم يستطع أن يثبت أن المرافق الطبية ارتكبت خطأ جسيماً عند إجراء عملية الولادة لزوجته، كما أنه لم يستطع أن يثبت أن المرافق الطبية ارتكبت خطأ جسيماً عند إجراء عملية الولادة لزوجته كما أنه لم يستطع إثبات قيام رابطة السببية المباشرة بين الخطأ الذي يدعيه وانتقال عدوى فيروس الإيدز إلى زوجته.([1])

ومع تطور موقف القضاء الإداري الفرنسي، فقد اتجه إلى عدم اشتراط جسامة الخطأ لمساءلة الإدارة. وبصفة خاصة ما يتعلق بمنازعات المجال الطبي؛ وذلك لصعوبة إثبات وجود الخطأ الطبي، وتحقيقاً للعدالة وحماية للمضرورين من خطر العدوى. وهم ما يصعب عليهم إثبات الخطأ الجسيم.

واتجه القضاء الفرنسي إلى أن "الضرر الذي أصاب الأم أثناء الولادة في المستشفى العام بسبب العدوى، ولم يجد مصدره في الخطأ الطبي الجسيم، بل يوجد في سوء تنظيم المرفق، والذي يتمثل في عدم اتخاذ المستشفى الإجراءات الكافية واللازمة للوقاية من خطر عدوى

[1]) Tribunal administratif de Paris, 4mai 1988, M. Ojalvo, Les petites affiches, 16 oct 1991, p.5.

فيروس الإيدز". (١)

وبالتالي فأنه ليس من المعقول أن تعفى المستشفى العام من المسئولية عن الأخطاء البسيطة للأطباء فقط، وتقتصر على الأخطاء الجسيمة. فضلاً عن أن انتقال عدوى الإيدز قد تمت داخل المستشفى والناتج عن سوء تنظيم أم بسيطاً. ذلك أن المحكمة في حالة صعوبة إثبات الخطأ من جانب جهة الإدارة، فإنها تربط الحادث بسوء تنظيم المرفق الطبي، وذلك نظراً لخطورة أعمال نقل الدم. وعن طريق افتراض الخطأ في جانب جهة الإدارة، يستطيع القاضي أن يحكم بمقدار التعويض لمن أصابه الضرر.

(ج) **الخطأ في أعمال الرعاية العادية.**

هذه الأعمال قد تكون سابقة على العمل الطبي نفسه كتقديم الرعاية للحامل قبل إجراء الجراحة لها أو تالية للعمل الطبي كتقديم الدواء للحامل، أو الحقن بعد إجراء العملية الجراحية. هذه الأعمال في الغالب ما تقع من الأشخاص المكلفين بالعناية من غير الأطباء.

بناء على ما تقدم فإن جهة الإدارة الممثلة في المستشفى العام، تُسأل عن كل خطأ يقع من جانبها. سواء تعلق بسوء تنظيم المرفق الطبي وحسن سير العمل فيه، وسواء تعلق بتقديم أعمال الرعاية اللازمة والعادية للمرضى بصفة عامة. كما يدخل في ذلك ما يتعلق بأخطاء العمل الطبي نفسه الواقعة من الطبيب التابع لها. ويضاف إلى ذلك مسئولية الإدارة عن توافر أجهزتها ونظافة الآلات الطبية المستخدمة، وتوفير العدد الكافي من الأطباء والمتخصصين والعاملين. فالضرر الناشئ عن عدم الالتزام بكل هذه الأمور تُسأل

---

(1)Tribunal administratif de Nantes, 30 juill 1971, Debuission. Actualité juridique- droit adminsttrative, 1972, p.169.

عنه جهة الإدارة، وعلى جهة الإدارة إثبات عكس ذلك، وعدم وقوع الخطأ من جانبها سواء كان خطئها جسيماً أو يسيراً.

المطلب الثاني

مسئولية المرفق الطبي دون خطأ وتطبيقه في مجال الإجهاض

(المسئولية عن العمل المشروع)

تمهيد:-

فضلاً عن إقامة مسئولية الإدارة على أساس الخطأ، فقد تقوم تلك المسئولية أيضاً دون خطأ، وذلك نظراً لطبيعة العمل الطبي وما يترتب عليه من مخاطر، سواء فيما يتعلق بالتدخل الجراحي أم الأعمال العلاجية، بالإضافة إلى استخدام الأجهزة والآلات الخطرة. وهذا ما لا يستطيع المضرور إقامة الدليل على خطأ المرفق الطبي، وليس من المقبول أن يتحمل المضرور عبء الضرر والذي يمكن أن يفوق جسامة الأضرار العادية التي يمكن أن يتعرض لها.

ويتميز نظام المسئولية دون خطأ عن المسئولية على أساس الخطأ في عدة نواح. فمن ناحية في مجال المسئولية دون خطأ، يُعفى المضرور من إثبات ارتكاب المرفق الطبي لعنصر الخطأ، وليس له إلا إثبات رابطة السببية بين الضرر الذي أصابه وبين نشاط الإدارة، بينما في مجال المسئولية على أساس الخطأ يجب على المضرور إثبات وقوع الخطأ في جانب المرفق الطبي. ومن ناحية أخرى فإن المرفق الطبي العام يعفى من المسئولية دون خطأ إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة القوة القاهرة أو خطأ المضرور، أما الحادث الفجائي وفعل الغير فإنهما ليس لهما أي تأثير على مسئولية السلطة العامة والتي تظل ملزمة بالتعويض في حالة حدوث أحد الأمرين، أما في مجال المسئولية على أساس الخطأ، فتستطيع جهة الإدارة رفع الضرر عنها في حالة إثبات أن الضرر وقع نتيجة حادث فجائي أو خطأ الغير.

ومن ناحية ثالثة فإن الضرر القائم على أساس الخطأ يكون قابلاً للتعويض أياً كان. أما الضرر الناشئ عن المسئولية دون خطأ، فيلزم أن يكون خاصاً وغير عادي. في حين أن القاضي له أن يحمل المضرور جزءاً من الضرر في حالة المسئولية دون خطأ. وليس له ذلك في نظام المسئولية على أساس الخطأ؛ ذلك أن التعويض يغطي كامل الضرر.

وكان أول من أسس نظرية المسئولية دون خطأ وتوسع في تطبيقاته هو مجلس الدولة الفرنسي، ذلك استناداً إلى الخطر الكامن في النشاط الإداري، وتطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. على خلاف ذلك فإن مجلس الدولة المصري مازال لا يأخذ بمبدأ مسئولية الدولة دون خطأ بصفة عامة، فلا يلجأ إلى تطبيقها إلا بصفة استثنائية ومحدودة.([1])

---

[1]) رفضت محكمة النقض المصرية إعمال المسئولية دون خطأ في قواعد المسئولية المدنية. أما القضاء الإداري فقد اعترف بها تارة واعترض عنها تارة أخرى، إلى أن أقر حالة واحدة استثنائية للأخذ بمسئولية الإدارة دون خطأ، وهي في حالة تعطيل القرار الإداري لتنفيذ حكم قضائي بذلك لأنه يترتب على عدم تنفيذ الحكم الإخلال بالصالح العام، وتعطيل سير المرافق العامة. فعلى الرغم من أن قرار تعطيل تنفيذ الحكم القضائي مشروعاً، إلا أنه يجب أن يتم تعويض صاحب الشأن عنه.

– ويعد من بين الاستثناءات التشريعية لإقامة المسئولية دون خطأ في التشريع المصري، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن الضمان الاجتماعي، حيث تنص المادة/٢٠ منه على أنه" تصرف مساعدات الكوارث والنكبات العامة لأصحاب المعاشات والمساعدات وغيرهم دون تفرقة للشروط والأوضاع والقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير الشئون الاجتماعية". كما نص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء، حيث تنص المادة/ ١٣ على أنه" يصدر باعتماد خطوط التنظيم للشوارع قرار من المحافظ بعد موافقة المجلس المحلي المختص، ومع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والتحسين، يحظر من وقت القرار المشار إليه إجراء أعال البناء والتعلية في الأجزاء البارزة عن خطوط التنظيم على أن يعوض أصحاب الشأن تعويضاً ==

وتتناول بالبحث الأسس التي قامت عليها المسئولية دون خطأ، كما نتعرض لمدى مساءلة المرفق الطبي العام دون خطأ، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:-

الفرع الأول: أساس مسئولية المرفق الطبي دون خطأ وشروط التعويض عنها.

الفرع الثاني: صور مسئولية المرفق الطبي دون خطأ.

الفرع الأول

أساس مسئولية المرفق الطبي دون خطأ وشروط التعويض عنه في حالة الإجهاض

تمهيد:

أدى اللجؤ إلى إقامة مسئولية الإدارة دون خطأ إلى البحث عن الأسس التي تسوغ الاستناد إليها، وهو ما أدى إلى اختلاف الاتجاهات حول أن أساس المسئولية دون خطأ هو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أم على أساس فكرة المخاطر، أو الأخذ بالمبدأين معاً. ويثار التساؤل في حالة ما إذا قامت مسئولية الإدارة دون خطأ، عن الشروط التي يجب توافرها لمنح التعويض لمن أصابه ضرر، هذا ما نعرض له على النحو التالي:-

أولاً: أساس مسئولية المرفق الطبي العام دون خطأ.

أ) مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسئولية دون خطأ.

يقصد بمبدأ المساواة أن جميع أفراد المجتمع متساوون في تحمل التكاليف العامة، فهذا المبدأ يهدف إلى تحقيق العدالة وإقامة التوازن بين الأفراد. وذلك لتحقيق الصالح العام للدولة. ويتوقف تطبيق

== عادلاً". كذلك القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٧ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٤ بشأن تقرير معاشات أو إعانات أو قروض عن الخسائر في النفس والمال نتيجة للأعمال الحربية، حيث تنص المادة/٣ من هذا القانون على أنه" يجوز أن تصرف معاشات أو إعانات أو قروض عن الأضرار الناجمة عن العمليات الحربية".

هذا المبدأ على مدى توافقه وملاءمته لطبيعة نشاط المرفق الطبي وطبيعة المنازعات التي تقوم على أساس مسئولية المرفق الطبي دون خطأ.[1]

اتجه رأي في الفقه إلى استبعاد أي دور لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، فيما يتعلق بإعمال قواعد المسئولية دون خطأ. ويرى أن فكرة المخاطر هو الأساس الذي تقوم عليه كافة صور المسئولية دون خطأ الإدارة.[2]

اتجه رأي آخر إلى أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، لا يعتبر أساساً لمسئولية الإدارة أو شرطاً من شروطها، بل يُعد من الخصائص التي تتميز بها المسئولية الإدارية عن المسئولية المدنية، فهذا المبدأ يسيطر على كل فروع القانون العام ولا يقتصر على نظام المسئولية.[3]

واتجه غالبية الفقه إلى أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، يلعب دوراً هاماً في بعض صور المسئولية دون خطأ، متى كان قرار جهة الإدارة مشروعاً وأحدث ضرراً بشخص ما، على أن يكون هذا الخطأ خاصاً وغير عادي.[4]

ونحن نتفق مع غالبية الفقه في عدم إنكار دور مبدأ المساواة أمام

---

[1]) د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ٣١٨ .

[2]) انظر في ذلك د. محمد كامل أبو ليلة "الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية"، دار النهضة العربية، ص ١٩٧٠، ص ١٥٠٥

[3]) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٩٣ .

[4]) انظر في ذلك د. محمود عاطف البنا " الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري، الدعاوى الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠، ص٤٤٦ .كذلك انظر د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٧٤ . أيضاً د. وهيب عياد سلامة " المنازعات الإدارية ومسئولية الإدارة عن اعمالها المادية، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات القضاء في فرنسا ومصر"، دار النهضة المصرية، سنة ١٩٩٢، ص١٢٩ وما بعدها.

الأعباء العامة في إعمال مسئولية الإدارة دون خطأ. ذلك لأنه لا يجوز أن يتحمل المضرور وحده الضرر الناشئ عن نشاط الإداره حتى ولو كان مشروعاً. فإصابة الأفراد بضرر ناشئ عن فعل المرفق الطبى دون تعويضهم، يعد منافياً لمبدأ العداله. وبالتالى فإن مبدأ المساواه يعتبر الأساس المباشر للمسئولية دون خطأ، متى تحقق الضرر غير العادي والمرتبط بنشاط جهة الإدارة أو بالعمل القانوني للسلطة العامة.

ب) مدى إعمال فكرة المخاطر في المسئولية الإدارية.

أقر القضاء الإداري الفرنسي- إلى جانب مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة- فكرة مسئولية الإدارة دون خطأ على أساس الأضرار المترتبة على الأشياء والأنشطة الخطرة.

ويكاد يجمع غالبية الفقه الفرنسي على أن فكرة الخطر كأساس لمسئولية الإدارة دون خطأ، يمكن تطبيقها في المنازعات المتصلة بالأعمال المادية للإدارة والتي يمكن أن يتولد عنها ضرر ناتج عن نشاط خطر بطبيعته. أما الحالات التي تتعلق بالتصرفات القانونية التي تفرض التزامات قانونية، فإنها تتصل بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.(1)

ومع ذلك اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى إمكانية مساءلة المرفق الطبي العام دون خطأ على أساس فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي؛ ذلك لأن ممارسة مهنة الطب توجب تحمل المخاطر. ذلك أن المرضى قد يتعرضون لمخاطر جسيمة نتيجة استخدام الآلات وأجهزة الأشعة وتقنيات الطب الحديثة، والتي تنطوي على مخاطر جسيمة

---

1) John J. Dillon: "Guérir des blessures de l'avortement, Un chemin d'espérance". Médiaspaul 2007, p 309. – See too:Rachel Ginnis Fuchs: "Poor and Pregnant in Paris. Strategies for Survival in the Nineteenth Century". Rutgers University Press, 1992, p 191.

يمكن أن تؤدي إلى إجهاض المرأة الحامل. كما أن نشاط المستشفى العام ينطوي على مخاطر ذات طبيعة استثنائية والتي يجب ضمانها، فقيام مسئولية المرفق الطبي العام على أساس فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي، يعد نوعاً من المصالحة للمرضى المضرورين، وضمانا لهم.(1)

أما القضاء الإداري المصري فكان قد قرر الأخذ بنظام مساءلة الإدارة دون خطأ، وذلك عندما قضت محكمة القضاء الإداري بأن" مبدأ مسئولية الدولة دون خطأ على أساس مخاطر نشاطها الإداري، يستلزم ضرورة توافر عدة شروط، منها أن يكون الضرر مادياً وخاصاً واستثنائياً، وبناء عليه رفضت الحكم بالتعويض لأن الضرر لم يكن استثنائيا، وذلك لأنه لم يتجاوز المضار العادية ولم يكن له صفة الاستمرارية"(2). غير أنه سرعان ما عدل عن موقفه، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مسئولية الحكومة لا تقوم كأصل عام على أساس تبعة المخاطر، والتي تقوم بمقتضاها على ركنين هما: الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الإدارة وبين الضرر، ذلك لأن نصوص مجلس الدولة قاطعة الدلالة في معالجة المسئولية على أساس الخطأ.(3) وكان تبريرها في ذلك هو الحرص على خزانة الدولة، واحترام إرادة المشرع والإدارة في حدود سلطتها التقديرية.

خلاصة ذلك أن مبدأ المساواة يمكن أن يكون له دور في حالات

(1) د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما بعدها.

(2) حكم محكمة القضاء الإدراي ١٩٥٠/٥/١١، القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ق،" مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري"، السنة الرابعة، ص ٧٣٧ .

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٨/٦/٢٢، الطعن رقم ٤٥٠لسنة ٩ق، " الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ ١٩٤٦ حتى ١٩٨٥"، الطبعة الأولى، إصدار الدار العربية للموسوعات بالقاهرة، الطبعة الأولى، الجزء ٢٣، ١٩٨٧، ص ٢٥ .

معينة تتولد عن الأعمال القانونية الصادرة من السلطة العامة. فالعبء العام المفروض بالعمل القانوني لا يتحمله المضرور وحده، بل يجب أن يتحمله مجموع المواطنين، وإلا اختل مبدأ المساواة أمام تلك الأعباء. ومع ذلك نجد أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة في جميع حالات مسئولية المرفق الطبي دون خطأ، حيث أن الأضرار الناتجة والتي لحقت بالمضرور، قد لا تجد مصدرها في الأعمال القانونية للسلطة العامة. بل يكون مصدرها الأعمال المادية للمرفق الطبي العام، وذلك نتيجة استخدام التقنيات العلاجية الحديثة والتي يمكن أن يكون لها آثار سيئة على المرضى ومنهم المرأة الحامل. الأمر الذي يمكن تأسيس مسئولية المرفق الطبي العام في هذه الحالة على فكرة الخطأ العلاجي الاستثنائي.

ثانياً: شروط الحكم بالتعويض في حالة المسئولية دون خطأ للمرفق الطبي العام.

اشترط القضاء الفرنسي لمنح المضرور التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء فعل المرفق الطبي العام، توافر شرطين أساسيين واللذين يقوم عليهما مسئولية الإدارة دون خطأ. وهما ما يتمثلان في الأتي:

الشرط الأول: توافر الضرر.

يلزم لقيام مسئولية المستشفى العام دون خطأ إصابة الغير بخطأ ما. وليس معنى ذلك إمكانية التعويض عن أي ضرر يُنسب لإدارة المستشفى العام. بل يجب أن يتوافر في هذا الضرر شروط معينة حتى يمكن التعويض عنها. والتي نتعرض لها بإيجاز على النحو التالي:-

١) **أن يكون ضرراً خاصاً:** يشتراط توافر صفة الخصوصية للضرر في جميع حالات مسئولية الإدارة دون خطأ. سواء قامت على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أو على أساس مبدأ فكرة المخاطر.([1]) ومن

---

[1]) انظر د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٤٤٦ .

الواضح أن إجهاض المرأة ينتمي إلى هذا النوع من الضرر.

وتعني خصوصية الضرر أن يكون شخصيا، أي أصاب شخصاً معيناً بذاته أو أشخاصاً معينين بذواتهم. أما إذا أصاب الضرر عدداً غير محدود من الأشخاص، فإنه يصبح ضرراً عاماً ويفقد صفة الخصوصية. ومن ثم لا يصلح لمساءلة المرفق الطبي العام دون خطأ.

٢) **أن يكون ضرراً غير عادي:** يقصد بالضرر العادي أن يتجاوز ما يمكن أن يتحمله الشخص العادي، وهو ما يتحدد وفقاً لجسامته. ومن أمثلة ذلك دخول الحامل المستشفى العام لإجراء جراحة عادية، فتصاب بمرض معدٍ وهي حامل، الأمر الذي أدى إلى انتقال العدوى إلى الجنين، ومن ثم كان عليها إسقاطه. فالضرر غير العادي يقصد به الضرر الذي تفوق جسامته بالنسبة لحالة المريضة الفائدة التي تعود عليها من جراء العمل العلاجي أو الجراحي. وبالتالي يجب أن يكون الضرر استثنائياً وجسيماً، والذي يقدر وفقاً لحالة الأضرار التي أصابت الحامل.

٣) **أن يكون الضرر مباشراً:** أي يلزم توافر علاقة مباشرة بين نشاط المستشفى العام والضرر الذي أصاب الحامل. وهو ما يظهر من بيان رابطة السببية بينه وبين نشاط المستشفى العام.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "من حق الزوج وأبناء المرأة التي توفيت على إثر أفعال الإجهاض عليها، أن يدعي مدنياً في مواجهة من ممارس تلك الأفعال، بغرض الحصول على تعويض مادي وأدبي، عن الضرر الذي لحق بهم وأصابهم شخصياً وبشكل مباشر من هذه الأفعال.(1) ولا يحول دون ذلك أن يوجه قرار الإحالة إلى المتهم تهمة الجرح المفضي إلى الموت، مادام أن الموت كان

---

1) Cass. Crim 6 juin 1952: D. 1954. 494; JCP 1952. II. 7074; Gaz. Pal. 1952.

نتيجة مؤكدة لممارسة الأفعال المؤدية إلى الإجهاض"٠(١)

٤) **أن يكون الضرر محققاً:** يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور مؤكداً أو محققاً، وهو ما يمكن التعويض عنه٠ ويكون الضرر محققاً إذا كان قد وقع بالفعل أو سيقع في المستقبل، حيث يجوز تقدير التعويض عنه٠ ومن ذلك تعويض الطفل المصاب- كما سنرى فيما بعد- عن التشوهات والعجز الذي لحق به من جراء فعل المستشفى العام، والذي يؤثر في حياته مستقبلاً٠

ويكون التعويض عن الضرر سواء كان مادياً وهو كل ما يصيب الفرد في حقه أو في مصلحة مالية - وهو ما استقر القضاء والفقه على إمكانية مساءلة جهة الإدارة بالتعويض عن الضرر المادي والذي يمكن تقديره بالنقود- وسواء كان أدبياً أم معنوياً، حيث قضت المحكمة الإدارية الفرنسية بالتعويض عن الضرر المعنوي والاضطرابات في أحوال المعيشة والتي أصابت المدعية من جراء إصابتها بفيروس الإيدز، نتيجة نقل دم ملوث إليها٠(٢)

الشرط الثاني: توافر رابطة السببية بين نشاط المرفق الطبي العام وبين الضرر الناشئ عن هذا النشاط٠

يشترط لمساءلة المستشفى العام على أساس المسئولية دون خطأ، ومن ثم مطالبتها بالتعويض توافر رابطة السببية بين نشاطها وبين الضرر الذي أصاب المضرور من فعلها٠ بمعنى أن يكون فعل جهة الإدارة هو الذي سبب الضرر٠

ويشترط أن يثبت المضرور هذه الرابطة٠ فإن كان المضرور يعفى من إثبات خطأ المرفق الطبي العام٠ فإنه لا يمكن أن يعفى من إقامة

---

1) Cass. Crim 16 avr. 1932: Bull. crim. n° 107.

2)Tribunal administratif de paris 20 déc 1990, précité.Revue francaise de droit administrative, 1992, p. 547.

الدليل على إثبات قيام رابطة السببية بين فعل المستشفى العام وبين الأضرار التي نتجت عنه.

وقد اشترط القضاء المصري ضرورة أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل جهة الإدارة، حيث قضت محكمة مصر الابتدائية بأنه "إذا مات المريض بسبب آخر غير الخطأ الذي وقع من الطبيب، كما لو أهمل في تعقيم أدواته لإجراء جراحة، ثم مات المريض بسبب نوبة قلبية لا علاقة بينها وبين عدم التعقيم، فإنه لا يوجد وجه لإقامة المسئولية في جانب الطبيب لانتفاء رابطة السببية".(1)

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد رفض في بادئ الأمر إقرار المسئولية دون خطأ للمرفق الطبي العام، وذلك لعدم القدرة على إثبات رابطة السببية بين نشاط المرفق والضرر المدعَى به. غير أنه نتيجة الصعوبة التي يواجهها المضرور في إثبات توافر علاقة السببية المباشرة بين نشاط المرفق الطبي والضرر الناتج عنه، فإن القضاء الفرنسي لجأ إلى استعمال قرينة السببية لصالح المضرور، وعلى الإدارة نفي هذه القرينة.

ويستطيع القاضي أن يستنبط رابطة السببية من تقارير الخبير الذي يستعين به. وذلك لبيان العلاقة بين فعل المرفق الطبي العام وبين الأضرار الناتجة عن هذا الفعل. بل أصبح القاضي يستشف توافر علاقة السببية من التشوه الظاهر على الجنين من جراء إخفاق عملية الإجهاض أو إصابته بالشلل. فهذه أدلة كافية لارتباط فعل المرفق بالنتيجة. وبالتالي لم يعد على المضرور تحمل تبعة إثبات قيام علاقة السببية. بل على السلطة العامة المتمثلة في الدولة، أن تثبت عدم وجود هذه الرابطة حتى تعفى من المسئولية.(2)

(1) حكم محكمة مصر الابتدائية ١٩٣٥/٢/٤، " مجلة المحاماه المصرية"، السنة ١٦، ص ١٨٩ .

(2) د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ٣٦٦ .

ومع ذلك يستطيع المرفق الطبي العام نفي رابطة السببية بين الضرر وفعل المرفق الطبي، متى أثبت انتفاء رابطة السببية بسبب القوى القاهرة أو خطأ المضرور نفسه، وفي حالة إذا ثبت مساهمة المضرور مع خطأ الطبيب، وكان هذا الخطأ هو الذي ساهم في حدوث الضرر- كما سبق وبينا- فإن الإدارة تعفى من التعويض بمقدار مساهمة هذا الخطأ في إحداث الضرر.

خلاصة ذلك أنه متى تحقق القاضي من توافر رابطة السببية بين نشاط المرفق الطبي العام والضرر الناتج عنه والذي أصاب الحامل أو جنينها، ومتى توافرت الخصائص اللازم توافرها في هذا الضرر بأن يكون استثنائياً وغير عادي ومحققاً ومباشراً، فإن جهة الإدارة تسأل عن جميع أنواع الضرر سواء كان مادياً أو معنوياً.

الفرع الثاني

صور مسئولية المرفق الطبي دون خطأ وتطبيقها في الإجهاض

قد يحدث أن يولد الطفل مصاباً بتشوه أو بمرض معدٍ، ناتجاً عن انتقاله إليه من أمه، وقد تكون إصابة الأم ناتجة عن عملها داخل المرفق الطبي، أو نتيجة دخولها المرفق الطبي للعلاج وانتقل إليها المرض المعد داخل المستشفى العام، في ذلك أجاز القانون الفرنسي - كما سبق وبينا- الإجهاض الإرادي للحمل، متى تم ذلك وفقا لشروط معينة، ويثار التساؤل في هذه الحالة إذا ما نتج عن عملية الإجهاض الإرادي بقاء الطفل دون إسقاطه، فهل يجوز للمرأة مطالبة المرفق الطبي بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من جراء بقاء الحمل مستمرا أو إذا ما نتج تشوه للجنين نتيجة إخفاق عملية الإجهاض؟ هذا ما نتناوله من خلال بيان ما يلي:-

أولاً: مدى إمكانية التعويض عن حالات إخفاق الإجهاض الإرادي للحمل.[1]

نصت المادة (٢٢١٢- ١) من تقنين الصحة العامة الفرنسي الصادر بالقانون رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠، تحت بند الإجهاض المسموح به قانوناً على أن "للمرأة الحامل التي يتسبب حملها في إصابتها باكتئاب نفسي شديد، أن تطلب من الطبيب أن ينهي هذا الحمل، ولا يجوز هذا الإنهاء إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل". شريطة أن يتم هذا الإجهاض تحت إشراف طبيب متخصص، وداخل مؤسسة عامة أو خاصة، وبشروط محددة بقرار مجلس الدولة، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة(٢٢١٢- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

يضاف إلى ذلك أن القانون الفرنسي أجاز الإجهاض في أي وقت- أي بعد انتهاء الأسبوع الثاني عشر- متى كان الحمل يهدد حياة الأم بخطر جسيم، ولا يمكن تفاديه إلا بإجراء عملية الإجهاض، أو في حالة احتمال إصابة الجنين بمرض خطير يستحيل شفاؤه منه. فقد نصت المادة (٢٢١٣- ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي تحت بند إنهاء الحمل لأسباب طبية(Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical على أنه "يجوز الإنهاء الإرادي للحمل في أي وقت، بشرط أن يقوم به طبيبان، بعد شهادة فريق متعدد التخصصات، وانتهاء المناقشة والفحص إلى أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر جسيم، أو وجود احتمال قوي بأن الجنين الذي لم يولد بعد، يعاني من مشكلة أو مرض خطير غير قابل

---

[1]) Council of Europe, European Committee for Equality between Women and Men. "Guaranteeing Freedom of Choice in Matters of Reproduction, Sexuality and Lifestyles in Europe, Trends and Developments: International Forum, Tallinn(Estonia), 27-29 November 1997". Op. Cit. P, 41.

للشفاء، وذلك وقت التشخيص"([1])

ويثار التساؤل في الحالة التي لم تنجح فيها عملية إجهاض الحامل لأي من الأسباب المنصوص عليها واستمر الحمل، فهل يجوز للمرأة الحامل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء ذلك؟ وهل يجوز للطفل الذي أصيب بتشوه أو مرض خطير أن يطالب بتعويضه عن ذلك الضرر؟

كان موقف مجلس الدولة الفرنسي- في بداية الأمر- يجرى على اعتبار أن ولادة طفل لا تكون سبباً للضرر ولم يكن يعطي الحق للأم في التعويض من المستشفى العام التي أجريت عليها العملية. ويتضح ذلك عندما قرر عدم أحقية الزوجة للتعويض عن الضرر الذي أصيبت به من جراء ميلاد طفل غير مرغوب فيه، حيث تتلخص وقائع قضية في أنه عندما أرادت سيدة حامل إجراء عملية إجهاض، وبالفعل تم إجراء تلك العملية داخل إحدى المستشفيات العامة. ومع ذلك استمر الحمل ووضعت طفلاً سليماً. وكانت هذه السيدة غير متزوجة وقد أجريت لها تلك العملية لسبب علاجي، الأمر الذي دعاها إلى رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية، وذلك لمطالبة المستشفى العام بتعويضها عن الضرر المعنوي الذي أصيبت به بسبب ميلاد هذا الطفل غير المرغوب فيه، وكذلك عن الضرر المادي المتمثل في النفقات الواجبة أو اللازمة لتربية الطفل. كل هذه الأسباب نسبتها إلى إخفاق المستشفى العام في إجراء عملية الإجهاض، إلا أن المحكمة قضت برفض دعواها على أساس عدم توافر رابطة السببية المباشرة بين إخفاق عملية الإجهاض والضرر الذي أصاب المدعية. واستأنفت المدعية هذا الحكم أمام مجلس الدولة، إلا أن مفوض الدولة أوضح أن ولادة الطفل غير المرغوب فيه نتيجة إخفاق عملية الإجهاض هو ما يمكن التعويض عنه لما يسببه من أضرار معنوية.أما فيما يتعلق

[1]) سابق الإشارة إليها.

بالضرر المادي المتمثل في النفقات اللازمة لتربية الطفل، فلا يمكن التعويض عنه، لأن هذه النفقات تتحملها هيئة المساعدة الاجتماعية والتي تتولى منح المساعدات لتربية الأطفال ولو كان الطفل المولود غير مرغوب فيه. ولما كان ذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم وجود أسباب كافية لإقرار الحق في التعويض للمدعية، ومن ثم رفض الطعن بطلب التعويض.([1]) يتضح في ذلك الوقت صعوبة إقرار التعويض عن مسئولية المستشفى العام عن النتائج المترتبة على إخفاق عملية الإجهاض الإرادي للحمل. فحق المضرور في ذلك الوقت كان لا يتحقق إلا إذا أثبت قيام الفعل الضار.

ونتيجة ازدياد المنازعات المتعلقة بهذا الشأن، تغير موقف القضاء الإداري الفرنسي،حيث أقر مجلس الدولة الحق في التعويض عن تلك الأضرار مع إقرار مسئولية المرفق الطبي العام. وهو ما قرره في قضية تتلخص وقائعها في الآتي : رفعت سيدة دعوى أمام المحكمة الإدارية للمطالبة بالتعويض، حيث أنها دخلت مركزا طبيا عاما لإجراء عملية إجهاض، وبعد إجراء العملية تبين استمرار الحمل، ورفض الطبيب المعالج إجراء عملية جديدة لها، وذلك لانتهاء المدة المسموح بها قانوناً، الأمر الذي ترتب عليه ميلاد طفل مصاب بعاهة جسيمة. طالبت المدعية بالتعويض عن الأضرار الجسيمة التي أصابت الطفل نتيجة إخفاق عملية الإجهاض، إلا أن المحكمة الإدارية رفضت التعويض عن ذلك، لعدم وجود خطأ جسيم لإقرار مسئولية المرفق الطبي. غير أن المدعية طعنت في حكم المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة، وأوضح مفوض الدولة أن الطبيب لم يرتكب أي خطأ عند إجرائه عملية الإجهاض، ومع ذلك فإن التشوهات التي تظهر على الطفل تنبئ عن وجود خطأ طبي، والذي يمكن التعويض عنه،

---

[1]) Conseil d' Etat 2 uill 1982. Recueil Dalloz, 1991.

وذلك لأن الطفل أصيب بعاهة جسيمة، بالإضافة إلى الضرر الجمالي الذي أصاب جسمة؛ ومن ثم اعتبر مجلس الدولة أن الطبيب كان عليه اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة، حتى ولو لم يرتكب أي خطأ أثناء إجراء عملية الإجهاض، ومن ثم إقرار قيام علاقة السببية، والحكم بالتعويض عن التشوهات التي أصابت الطفل من جراء إخفاق عملية الإجهاض.(١)

ومن ثم يتضح أن مجلس الدولة الفرنسي أقر جواز مساءلة المرفق الطبي العام، عن الأضرار المترتبة والتي أصابت المرأة الحامل من جراء إخفاق عملية الإجهاض. سواء ما ينتج عنها من إصابة الأم بأضرار معنوية، أو إصابة الجنين بتشوهات خلقية نتجت عن هذا الإخفاق.

ثانياً: إصابة الجنين بعاهة أو مرض معد من أمه.

قد تصاب الأم بمرض معد أثناء عملها بالمرفق الطبي العام. وقد ينتقل هذا المرض إلى جنينها في حالة حملها. في هذه الحالة اعتبر قضاء المحكمة الإدارية بفرنسا أن الأم تستحق تعويضاً جزافياً(٢)، نتيجة إصابتها بالمرض المعد؛ وذلك لأن علاقتها بالمرفق العام هي علاقة تنظيمية. أما الجنين فيعد من الغير بالنسبة للمرفق الذي تعمل فيه أمه، ومن ثم فهو وحده من يستحق التعويض عن الضرر الذي أصابه دون خطأ من المرفق الطبي، متى قامت علاقة السببية بين نشاط المرفق والضرر الذي أصاب الطفل.

وقد قضت المحكمة الإدارية الفرنسية بإقرار مسئولية المستشفى العام دون خطأ تجاه الطفل المضرور، على الرغم من عدم ثبوت الخطأ

---

1) Conseil d' Etat 27 sept 1989. Recueil Dalloz, 1991, p. 80.

٢) التعويض الجزافي هو عبارة عن تعويض يقرره المشرع، يمنح للموظف أو العامل نتيجة الضرر الذي أصابه أثناء عمله أو بمناسبته، أو نتيجة إصابته بأحد الأمراض المهنية المدرجة في الجدول، ويشترط للتعويض عن هذا الضرر الا يكون ناتجاً عن خطأ الإدارة.

في حق إدارة المستشفى أو ضد أمه؛ وذلك استناداً إلى أن الضرر الذي أصاب الطفل يرتبط بعلاقة سببية بالنتيجة فيما يتعلق بالعدوى التي وقعت داخل المرفق الطبي(1)، وأساس مسئولية المرفق الطبي العام عن المسئولة دون خطأ في هذه الحالة، قائم على الخطر الخاص وغير العادي الذي أصاب الطفل المولود، والذي يعتبر من الغير بالنسبة للمرفق الطبي.

وفيما يتعلق بالإصابة بمرض الإيدز- فكما سبق وبينا- أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويض الزوج عن الضرر الذي أصابه هو وأولاده من جراء موت زوجته، نتيجة نقل عدوى فيروس الإيدز إلى زوجته عن طريق نقل الدم إليها. استنادا إلى الضرر المباشر الذي أصابه نتيجة موت زوجته من جراء انتقال العدوى إليها من المرفق الطبي. غير أنه في ذلك الوقت لم يكن يوجد أية وسيلة لكشف هذا الفيروس عند المتبرعين بالدم، ومن ثم قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم إقامة الدليل على قيام علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر الذي أصابه.

ومع ذلك فقد عدل القضاء الفرنسي عن ذلك عندما قضي بأن "الضرر الذي أصاب الأم أثناء الولادة في المستشفى ألعام بسبب العدوى، لم يجد مصدره في الخطأ الطبي الجسيم، بل يوجد في سوء تنظيم المرفق، والذي يتمثل في عدم اتخاذ المستشفى الاجراءات الكافية واللازمة للوقاية من خطر عدوى فيروس الإيدز".(2)

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بدائرتها المدنية بحق

---

1) Tribunal administratif de Paris, 19 oct.1965, Sieur Layent, Revue du droit public et de la science politique, 1966, P.955.

2)Tribunal administratif de Nantes, 30 juill 1971, Debuission. Actualité juridique- droit adminsttrative, 1972, p.169.

الطفل المولود (معاقاً) في الحصول على تعويض، مادام قد توافر خطأ طبياً حرم أمه من اللجؤ إلى إنهاء الحمل اختيارياً، وتجنب ميلاد الطفل (معاقاً) نتيجة إخفاق عملية الإجهاض.[1]

بناء على ذلك فإن المرفق الطبي العام يعد مسئولاً عن الأضرار التي تصيب الغير، سواء كان الطفل أم الزوج، نتيجة انتقال العدوى إلى أمه، وذلك على أساس فكرة الخطر العلاجي، وأن التعويض الذي يستحقه الطفل المولود لا يكون عن تفويت الفرصة، بل يكون لجبر الضرر الذي حاق به من جراء ولادته معاقاً أو مصاباً بمرض وراثي خطير.

وفي رأينا نجد أنه من الضروري منح الطفل المصاب بعاهة أو مرض خطير تعويضاً لجبر الأضرار التي لحقت به؛ ذلك لأنه يعاني المشكلة الكبرى من جراء ما حاق به، فكيف يمكن تعويض الزوجة أو الزوج وحرمان الطفل من التعويض، فنرى أن تعويضه قد يكون تحقيقاً له عن المصاعب التي يواجهها في حياته بسبب إعاقته.

---

[1] الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية. http://www.courdecassation.com

المبحث الثاني

المسئولية التأديبية للطبيب عن أفعال الإجهاض

تمهيد:-

نظراً لأن مهنة الطب تلقي على عاتق أصحابها طبيعة مهنية خاصة تتميز بالتزام خاص يرتقي من معيار الرجل العادي إلى معيار الشخص المسئول من دراية فنية وخبرة مهنية، فإن الطبيب يعد مسئولاً - بالإضافة إلى مسئوليته الجنائية أو المدنية- تأديبياً عما ارتكبه من خطأ تأديبي، تقوم النقابة بتوقيعه عليه. كما أن الطبيب قد يكون موظفا عاما يخاطب بمجموعة من الالتزامات الوظيفية، ومن ثم فإنه يتعرض للتأديب من الجهة العامة التي تتبعه. الأمر الذي يجعلنا نبحث في طبيعة الخطأ التأديبي الذي يُسأل عنه الطبيب وفي أركان هذا الخطأ والمعيار الذي يقاس به هذا الخطأ وأوجه الاختلاف بينه وبين الخطأ الجنائي. وأخيراً نحدد العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الطبيب.ونتناول ذلك من خلال بيان الآتي:-

المطلب الأول: مفهوم الخطأ التأديبي للطبيب ومعياره في الإجهاض.

المطلب الثالث: أركان الجريمة التأديبية عند حدوث إجهاض

المطلب الرابع: العقوبات التأديبية التي يخضع لها الطبيب عند حدوث إجهاض.

المطلب الأول

مفهوم الخطأ التأديبي ومعياره في الإجهاض

أولاً: مفهوم الخطأ التأديبي.

يعرف الخطأ التأديبي بأنه "كل إخلال بواجبات الوظيفة إيجاباً أو سلباً"([1]). وعرفه رأي آخر بأنه " إخلال الموظف بواجبات وظيفته

---

[1]) د. محمد جودت الملط "المسئولية التأديبية للموظف العام"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٦٧، ص ٨٠.

سواء كان هذا الإخلال إيجابياً أو سلبياً، بأن يأتي الموظف فعلاً يتعارض مع واجبات الوظيفة العامة، أو يمتنع عن آداء عمل يجب عليه أن يؤديه"٠(١)

وعرفت المحكمة الإدارية العليا الخطأ التأديبي بأنه "إخلال العامل بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه أو سلوكه مسلكاً معيباً ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله أو آداء واجباته أو خروج على مقتضيات وظيفته، أو إخلال بكرامتها أو بالثقة الواجب توافرها فيمن يقوم بأعبائها"٠(٢)

كما قضت في حكم آخر لها بأنه من "المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن ما يرتكبه الموظف خارج دائرة عمله ويؤثر على مركزه الوظيفي أو سمعته أو سيرته يحاسب عليه تأديبياً؛ وذلك لأنه لا يقوم بين الحياة العامة والحياة الخاصة عازل سميك يمنع التأثير المتبادل بينهما، لذلك فإنه لا يسوغ للعامل خارج نطاق وظيفته أو ينفصل عنها، ويقوم ببعض التصرفات التي تمس كرامته، وتمس بطريق غير مباشر كرامة الجهة التي يعمل بها، وأساس ذلك أن سلوك العامل وسمعته خارج عمله ينعكس تماماً على عمله الوظيفي"٠(٣)

---

١) د. اسماعيل بدوي، د. احمد رسلان "مبادئ القانون الإداري"، مطبوعات كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة، سنة ١٩٩٤، ص ١٢٦ ٠ انظر أيضاً، د. صلاح الدين فوزي " المبسوط في القانون الإداري" دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨، ص ٥٠٣ كذلك راجع، د. عمر حلمي فهمي " القانون الإدراي، الموظف العام والضبط الإداري"، الجزء الأول، مطبعة جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٠، ص ٢١٧ ٠

٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ /١٠/٢٠٠١، الطعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٤٤ق،ع٠حكم غير منشور٠

٣) حكم المحكمة الإدراية العليا في ٣٠/ ٣/ ٢٠٠٢، في الطعنين رقما ٧٦٨٨، ٧٨٠٥ لسنة ٣٦ ق،ع، "مجلة المحاماه المصرية" العدد الثالث، طبعة ٢٠٠٣، ص ٤٠٣ ٠

وقد نصت المادة ٥١ من قانون نقابة أطباء مصر، رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩، على أنه "يُحاكم أمام الهيئة التأديبية كل عضو أخل بأحكام هذا القانون أو آداب المهنة وتقاليدها، أو امتنع عن تنفيذ قرارات الجمعية العمومية أو مجلس النقابة أو قرارات الجمعية العمومية للنقابات الفرعية أو قرارات مجالس النقابات الفرعية، أو ارتكب أمورا مخلة بشرف المهنة أو تحط من قدرها أو أهمل في عمل يتصل بمهنته"٠

وبالتالي فيمكننا استنتاج مفهوم الخطأ الطبي بأنه كل خطأ يمكن أن يرتكبه الطبيب، سواء كان هذا الخطأ فنياً أم عادياً، وسواء كان جسيماً أم يسيراً٠ وكل ما يتصل بآداب مهنة الطب وتقاليدها فيما يتعلق بممارسته لمهنته٠ كما يتضمن هذا الخطأ الإخلال بأحكام القوانين أو اللوائح أو التعليمات الإدراية؛ الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بواجبات وظيفته، ولو كان خارج نطاق الوظيفة٠ مادام أنه أثر على الثقة التي يلزم توافرها فيه٠

ثانياً: معيار الخطأ التأديبي٠

وفقاً للرأي السائد في الفقه والقضاء فإن الخطأ التأديبي للطبيب، سواء كان خطأ فنياً أو خطأ عادياً، وسواء كان خطأ جسيماً أ يسيراً٠ يعرضه للمساءلة التأديبية عن هذا الخطأ٠[1] ولكن التساؤل يثار حول المعيار الذي يقاس على أساسه الخطأ التأديبي، حتى يمكن مساءلة الطبيب عنه، وهو ما أدى إلى انقسام الفقه،

---

[1]) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٢٢ ٠ انظر ايضاً د.سليمان مرقص "مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى، تعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ٢٢ يونيه ١٩٣٦" بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٣٧ ،كذلك انظر المستشار. مغاوري شاهين " المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وفقاً لأحكام القوانين ٥٨، ٦١ لسنة ١٩٧١، ٤٧ لسنة ١٩٧٢" مكتبة عالم الكتب، القاهرة، طبعة ١٩٧٤، ص ١٤٥ ٠

وذلك على النحو التالي:-

الاتجاه الأول: اتجه جانب من الفقه إلى أن الخطأ التأديبي يقاس بأحد معيارين. فقد يقاس بالمعيار الشخصي وذلك عندما يقاس الخطأ بالنظر إلى شخص المخطئ نفسه (الطبيب). فإذا انحرف عن سلوكه المعتاد في تصرفه يعتبر مخطئاً، ويقدر سلوكه وفقاً للسلوك المعتاد له إذا وجد في ذات الظروف.([1]) وقد يقاس الخطأ وفقاً للمعيار الموضوعي، والذي ينظر فيه إلى الفعل ذاته، قياساً على الشخص المعتاد الذي يلتزم في تصرفاته قدراً متوسطاً من الحيطة والحذر، من ذات فئته أو طائفته أو تخصصه، بحيث يعتبر مخطئاً إذا خرج عن هذا المألوف.([2])

الاتجاه الثاني: اتجه رأي في الفقه إلى الأخذ بالمعيار المختلط. معنى أن معيار الخطأ يكون موضوعياً في أساسه وشخصي من حيث ظروف الفاعل التي يتعين الأخذ بها. وبالتالي فعند قياس الخطأ ينظر إلى الفعل ذاته في ضوء المألوف من سلوك طبيب متوسط الكفاءة، من ذات فئته أو طائفته أو تخصصه. فيعتبر الطبيب مخطئاً إذا خرج عن هذا المألوف، مع الأخذ في الاعتبار كافة الظروف المحيطة به، سواء تعلقت بشخصه كالسن والمكانه والجنس، أو كانت خارجية كالزمان والمكان. فيقاس الخطأ وفقاً لما يتمتع به طبيب عادي ينتمي إلى فئة الجاني، إذا وضع في ذات الظروف الشخصية التي يمر بها.([3])

---

[1]) د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٧٨ . د. حمدي رجب عطية "المسئولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي"، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة ٩٣، العدد ٤٦٥-٤٦٦، من يناير إلى إبريل ٢٠٠٢، ص ٤١٠ .

[2]) د. مغاوري شاهين، المرجع السابق، ص ١٤٣ .د. حمدي رجب عطية، المرجع السابق، ص ٤١١

[3]) د. مغاوري شاهين، المرجع السابق، ص ١٤٤ .

الاتجاه الثالث: اتجه غالبية الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي كأساس لقياس الخطأ التأديبي، وبالتالي فمعيار الخطأ التأديبي ينظر فيه إلى الفعل ذاته، في ضوء المألوف من سلوك الطبيب متوسط الكفاءة من ذات الفئة أو الطائفة والتخصص بحيث يعتبر مخطئاً إذا خرج عن هذا المألوف.[1]

ونحن نميل إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي في قياس الخطأ التأديبي مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب، وذلك استناداً لما قضت به محكمة النقض بالدائرة المدنية بأن "مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيُسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول".[2]

ففي هذا الحكم دلالة واضحة على أن محكمة النقض أخذت بالمعيار الموضوعي، وذلك مع مراعاة الظروف الخارجية التي تحيط

---

[1]) د. محمد عصفور "طبيعة الخطأ التأديبي"، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السادسة، العدد الأول، ص ١١٢ ، كذلك انظر د. على عيسى الأحمد "المسئولية التأديبية للأطباء، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص ٣٣٤ .

[2]) نقض مدني في ٢٦ /١٩٦٩/٢، الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق،" مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية"، السنة ٢٠، العدد الثاني، إبريل إلى يونيو ١٩٦٩، ص ١٠٧٥ .

بالطبيب، وذلك لقياس الخطأ التأديبي للطبيب، ومن ثم توقيع المسئولية التأديبية عليه.

المطلب الثاني
أركان الجريمة التأديبية في حالة الإجهاض

اختلف الفقه والقضاء الإداري في تحديد أركان الخطأ التأديبي الموجب لمسئولية الطبيب التأديبية، وذلك في الأخذ بمبدأ الشرعية، والركن المادي، والركن المعنوي، وهو ما نتناول توضيحه على النحو التالي:

أولاً: مبدأ الشرعية.

العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر، ولا يجوز توقيع عقوبة لم يرد النص عليها صراحة. ومع ذلك يكون لسلطة التأديب تحديد العقوبة المناسبة بحسب جسامة الفعل المرتكب من قِبل الموظف. بناء على ذلك فإن الطبيب يعاقب إذا ثبت في حقه أنه فعلٍ أو امتنع عن فعل لا يتفق مع مقتضيات الوظيفة - إذا كان عاملاً في مستشفى أو إدارة عامة- سواء نص على ذلك صراحة أو لم ينص.(1) وبالمثل فإن مخالفة الطبيب أو الصيدلي لميثاق شرف المهنة، يعرضه للمساءلة التأديبية أمام نقابته.(2)وقد اختلف الفقه في اعتبار هذا المبدأ ضرورياً لقيام الخطأ التأديبي، وذلك إلى اتجاهين على النحو التالي:-

الاتجاه الأول: اتجه جانب من الفقه إلى أن عدم ضرورة تطلب شرعية الجريمة التأديبية؛ وذلك لأن المخالفات التأديبية ليس لها نوع أو عدد محدد. بل إنها تخضع لتقدير السلطة التأديبية المختصة. فالخطأ التأديبي لا يخضع لمبدأ الشرعية، ذلك أن قاضي التأديب له

---

(1) د. سليمان الطماوي " الجريمة التأديبية" دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٥، ص ٨٧ .

(2) للمزيد راجع د. شيماء عبد الغني عطاالله، المرجع السابق، ص١٠ .

أن يقدر ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه الطبيب أو الامتناع الذي ارتكبه، يشكل جريمة تأديبية من عدمه، ويكون له سلطة تقدير العقوبة المناسبة لتلك المخالفة.([1])

وفقاً لهذا الاتجاه فإن السلطات التأديبية يكون لها عند تقدير الجرائم التأديبية، الالتزام بضوابط الوظيفة العامة، بما تتضمنه من الحقوق والواجبات التي تفرضها الوظيفة أو ميثاق شرف المهنة، وبالتالي فليس لسلطة التأديب أن تتقيد بضوابط قانون العقوبات.([2]) فهذا الاتجاه يرى عدم ضرورة اشتراط مبدأ الشرعية لقيام المخالفة التأديبية، حيث لا يمكن تقنين الأخطاء التأديبية.

الاتجاه الثاني: يرى ضرورة احترام مبدأ الشرعية للقول بقيام المخالفة التأديبية، حيث يمكن تقنين الأخطاء والمخالفات التأديبية. ذلك لأن السلطات التأديبية وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد ما يعد خطأ تأديبياً من عدمه، إلا أنها تعـ. مقيدة بمبدأ الشرعية، والذي لا يجوز أن تتعداه سلطة التأديب، ويتـ... هذا الرأي إلى إمكانية تحديد اختصاصات كل وظيفة على حدة، ومن ثم تحديد واجباتها والمسئولية عنها.([3])

أما القضاء الإداري فإنه يميز بين الشرعية التأديبية والشرعية الجنائية، وقد اعتبر أنه لا يوجد نموذج قانوني معين لكل خطأ تأديبي كما هو الحال في القانون الجنائي، وإنما المعيار في تحديد

---

[1]) انظر د. محمد نور شحاته "استقلال المحاماه وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٧،ص ٢٢٦ . كذلك انظر د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٩، أيضاً انظر د. محمد جودت الملط، المرجع السابق، ص ٩٧ .

[2]) د. علي عيسى الأحمد، المرجع السابق، ص ٣٢١ .

[3]) د. زكي محمد النجار "الوجيز في الحكومة والقطاع العام" الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٦، ص ١٩، انظر أيضاً د.حمدي أمين عبد الهادي "الإدارة العامة العربية المعاصرة، أصولها العلمية وتطبيقاتها المقارنة"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٧، ص ٣٢٠

الخطأ التأديبي، هو معيار موضوعي مرجعه الاخلال بواجبات الوظيفة العامة أو الخروج على مقتضياتها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "المخالفة التأديبية لا تتناولها النصوص بالتحديد، وأن تولى القضاء التأديبي تعيين أبعدها طبقاً للأصول المتعارفة في تقاليد المهنة"([1])

وقضت في حكم آخر لها أن "الأعمال المحظورة على الموظف العام ليست محددة حصراً أو نوعاً، وإنما مرجعها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها"، وأكملت بقولها "ومن ثم فالمحكمة التأديبية أو مجلس التأديب إن خلص من وزن الأدلة إلى ثبوت الفعل المكّون للمخالفة التأديبية، عليه أن يرد هذا الفعل إلى الإخلال بواجبات الوظيفة العامة أو الخروج على مقتضياتها، بغض النظر عن توافر الأركان القانونية المتطلبة في الجرائم الجنائية".([2])

فموقف المحكمة الإدارية العليا كان واضحاً في أن الخطأ التأديبي يعوّل على الإخلال بواجبات الوظيفة ومقتضياتها، بصرف النظر عن توافر مبدأ الشرعية في الخطأ التأديبي. وأكدت على ذلك بقولها أن "أي خلال بواجبات الوظيفة يعد جريمة تأديبية حتى ولو لم يرد نص صريح خاص بها، ومؤدى ذلك أن المحاكمة التأديبية لا تستوجب تحديد نص قانوني معين بتقرير المخالفة".([3])

مما سبق نخلص إلى أن المساءلة التأديبية تحترم مبدأ الشرعية التأديبية، وإن كان لهذا المبدأ مفهوم وأبعاد وشروط تختلف عما هو

---

[1]) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٦/١/٦، الطعن رقم ٩٩٥ لسنة ١١ ق.ع، "مجلة إدارة قضايا الحكومة" السنة ١٣، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٦٩، ص ٢٠١، ٢٠٣ .

[2]) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٠٠٤/١٢/١١١، الطعن رقم ١٢٧٥٤ لسنة ٤٨ ق.ع ، الدائرة الخامسة، مشار إليه د. عيسى الأحمد، المرجع السابق، ص ٣١١ .

[3]) حكم المحكمة الإدارية العيا ١٢/٢/ ٢٠٠١، الطعن رقم ٥٥٦٩ لسنة ٤٣ ق.ع " مجلة المحاماه الصادرة عن نقابة المحامين بمصر"، العدد الثالث، سنة ٢٠٠٣،ص ٢٠٨ .

مقرر في المواد الجنائية، حيث تتسم الشرعية الجنائية بالدقة والوضوح في تحديد النص الذي يجب أن يعين أركان الجريمة الجنائية، بما لا يكفي فيه القول بمخالفة واجبات الوظيفة كما هو مقرر في المسئولية التأديبية.

وبتطبيق هذه المبادئ في مجال المساءلة التأديبية للطبيب والصيدلي عن جريمة الإجهاض، يتضح أنه إذا قام أحدهما بإجهاض امرأة حامل في غير الأحوال التي يجيزها القانون، فإن هذا الخطأ الجنائي يتضمن مخالفة لواجبات وظيفة الطبيب والصيدلي إن كانا موظفين عموميين. وعلى أية حال فإنهما عضوان في النقابة (الأول نقابة الأطباء والثاني نقابة الصيادلة). وينص ميثاق شرف المهنة للأطباء على أن "على الطبيب أن يراعى الدقة والأمانة في جميع تصرفاته وأن يحافظ على كرامته وكرامة المهنة"(١). وهو ما أكدت عليه المادة(٤١٢١- ٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي. والتي نصت على أنه "تقوم نقابة الأطباء أو أطباء الأسنان أو القابلات، بالسهر على الحفاظ على مبادئ الأخلاق والأمانة والكفاءة والإخلاص الضرورية لزاولة مهنة الطب، كما تقوم بضمان الدفاع عن شرف واستقلالية مهنة الطب....."(٢).

---

١) المادة/ ٥ من لائحة ميثاق شرف مهنة الطب البشري، والذي اعتمدته الجمعية العمومية السنوية العادية للنقابة، في ١٣ إبريل لسنة ١٩٧٣ .

2) Code de la santé publique. Chapitre Ier: Ordre national. Article L4121-2, "L'ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels....."(Modifié par Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 46 JORF 5 mars 2002).

أما إذا أخطأ الطبيب أو الصيدلي في أثناء إجراء عملية للمرأة الحامل أو أعطاها دواءً خاطئا، ترتب عليه إجهاضها. فإن هذا الفعل يُشكل جريمة جنائية وهي الإصابة الخطأ بنص المادة ٢٤٤عقوبات مصري، والتي تعاقب على الإصابة غير العمدية بنصها على أن" من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئا عن رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين"([1]). وفي نفس الأمر فإن هذا السلوك هو سلوك خاطئ، يخالف مقتضى الوظيفة التي تفرض واجب اليقظة والاحتياط عند وصف الدواء أو إجراء العملية. ومن ذلك أيضاً أن يعطي طبيب التخدير حقنة التخدير بكمية أو بنوع بطريقة مخالفة لأصول المهنة. هذا الخطأ الجنائي يُشكل خطأً تأديبياً في نفس الوقت. ويصح الجمع بين المسئولية الجنائية والمسئولية التأديبية .

---

[1]) هذه المادة مضافة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢، ثم رفع الحد الأقصى لعقوبة الغرامة بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ . وقد قضت محكمة النقض بأن " الخطأ الذي يقع من الأفراد عموما في الجرائم غير العمدي يتوافر متى تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضي بها ظروف الحياة العادية، وبذلك فهو عيب يشوب مسلك الانسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسئول والسلوك العادي والمعقول للموظف الذي تحكمه الحياة الاجتماعية والبيئة والعرف ومألوف الناس في أعمالهم وطبيعة مهمتهم وظروفها. أما الضرر فهو الأثر الخارجي للإهمال المعاقب عليه وشرطه في هذه الجريمة، أن يكون جسيماً. وقد ترك المشرع تقدير مبلغ جسامته لقاضي الموضوع لاختلاف مقدار الجسامة في كل حالة عن غيرها تبعاً لاعتبارات مادية، بحيث يلحق بأموال ومصالح الجهة التي يعمل بها الموظف أو يتصل بها بحكم وظيفته أو أموال ومصالح الغير المعهود بها إلى تلك الجهة، أما رابطة السببية فيجب أن تتوافر بين الخطأ الموظف والضرر الجسيم، بحيث تكون جريمة الموظف نتيجة سلوكه فعلاً سواء كان السلوك إيجابياً أم سلبياً". نقض ١٩٩٩/١٢/٣٠، " مجموعة أحكام النقض"، السنة ٥٠، ص ٧٢١، رقم ١٦٢ .

ثانياً: الركن المادي في الخطأ التأديبي.

اتفق الفقه على أنه حتى يُسأل الطبيب تأديبياً، يجب أن يتوافر الركن المادي والمتمثل في الفعل الإيجابي أو السلبي، الذي يتضمن خروجاً ومخالفة للواجبات الوظيفية ومقتضياتها. فلابد من وقوع الفعل أو الامتناع من الطبيب، حتى يعد مرتكباً لخطأ تأديبي يمكن مساءلته عنه.(1)

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري على هذا المبدأ بقولها أن "قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المسئولية التأديبية شأنها في ذلك شأن المسئولية الجنائية، يجب أن تقوم على أساس وجوب الثبوت اليقيني لوقوع الفعل المؤثم من المتهم، وأن يقوم هذا الثبوت على أساس توافر أدلة كافية لتكوين عقيدة المحكمة ويقينها في ارتكاب المتهم للفعل المنسوب إليه، وبالتالي فلا يُسوّغ قانوناً أن تقوم الإدانة تأسيساً على أدلة مشكوك في صحتها أو في دلالتها، وإلا كانت الإدانة مزعزعة الأساس، مفرغة من ثابت اليقين. ويجب أن يقوم القرار التأديبي على سببه الصحيح الذي يبرره قانوناً، وهو ثبوت المخالفة المنسوبة إلى العامل ثبوتاً يقينياً لا افتراضياً ولا ظنياً، وإلا كان القرار التأديبي فاقداً لركن السبب، ومن ثم يغدو باطلاً".(2)

ثالثاً: الركن المعنوي في الخطأ التأديبي.

الركن المعنوي هو اتجاه الإرادة الآثمة إلى الفعل أو الامتناع عن الفعل، فضلاً عن العلم بالجريمة التأديبية التي يرتكبها، والجزاء

---

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، د. شريف خاطر، المرجع السابق، ص ٨٦٢ . كذلك انظر د. محمد سيد أحمد، المرجع السابق، ٢١ .

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٧/٢/٢٤، الطعن رقم ٦٠٥١ لسنة ٥١ ق.ع، الدائرة الخامسة.

المترتب عليها[1]. وهذا يعني أنه إذا انعدمت إرادة الطبيب عن ارتكاب المخالفة التأديبية، فلا يُسأل عن فعله.وقد اختلف الفقه في اعتبار الركن المعنوي مكوناً للخطأ التأديبي وذلك إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول:- اتجه رأي من الفقه إلى أنه يجب لمساءلة الطبيب عن الخطأ التأديبي، أن يقترن الركن المادي المكون للمخالفة بركن آخر أدبي..وذلك بصدور الفعل الخاطئ عن إرادة آثمة، فإذا تعمد ارتكاب الفعل كان الركن المعنوي هو القصد. وإذا انصرفت إرادته إلى النشاط دون النتيجة، كان الركن المعنوي هو الخطأ غير العمدي.[2]

الاتجاه الثاني:- اتجه رأي آخر إلى رفض الرأي السابق، بقوله أنه لا يجوز قياس الخطأ التأديبي على الجريمة الجنائية، نظراً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجريمة التأديبية. وأنه لا يجوز بناء الجريمة التأديبية على ذات الأسس المقررة في مجال قانون العقوبات.[3]

وهذا القول الثاني هو ما سايرته أحكام المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأنه "لا ينفي المسئولية التأديبية عن العامل القول بأنه لم يكن سئ القصد، وأن ما نسب إليه لم يصدر عن إرادة آثمة، فلا

---

[1] د. محمد جودت الملط، المرجع السابق، ص ٨٠ .

[2] د. محمود أبو السعود حبيب " نظرية التأديب في الوظيفة العامة"، دار الثقافة الجامعية بجامعة عين شمس، طبعة ٢٠٠٥، ص٦٢

[3] للمزيد انظر د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٨٤ . واستكمل الدكتور الطماوي قوله بأنه " يمكن التسليم بدور هام لإرادة الموظف في مجال بعض الجرائم التأديبية المقننة، والتي تنص عليها في مجال الأخطاء التأديبية التي يعاقب عنها المشرع الجنائي، وفي مجال الأخطاء التي حددها المشرع وحرمها بنصوص خاصة. اما بالنسبة لباقي الجرائم التأديبية والتي لم يقننها المشرع على سبيل الحصر وهي الأصل، فإن الإرادة الآثمة للعامل الذي يراد تأديبه، لا تعني اكثر من أنه قد ارتكب الفعل او الامتناع دون عذر شرعي، سواء اكان يرتكب فعلاً خاطئاً أم لا، وحسنت نيته أو ساءت".

يشترط لتحقق المسئولية عن المخالفات التأديبية، أن يكون الفعل غير المشروع الذي ارتكبه العامل إيجاباً أو سلباً قد تم بسوء قصد، أو أن يكون قد صدر عن إرادة آثمة، فيكفي لتحقق مسئولية الفعل أن يكون فيما أتاه أو امتنع عنه، قد خرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو أتى عملاً من الأعمال المحظورة عليه قانوناً، وذلك دون حاجة إلى ثبوت سوء القصد أو الإرادة الآثمة لديه".(1)

وبالتالي يتضح أن المحكمة الإدارية العليا لم تتطلب الركن المعنوي للقول بوقوع الخطأ التأديبي، حتى يمكن مساءلة الطبيب عن المخالفة التأديبية. بل إن المحكمة لم تتطلب سوى ركن واحد، وهو الركن المادي دون غيره من الأركان القانونية المتطلبة في الجريمة الجنائية.

وفي رأينا يلزم توافر الركن المعنوي المكون للإرادة الآثمة للطبيب، إلى جانب الركن المادي المتمثل في الفعل أو الامتناع الذي يشكل خروجاً عن واجبات الوظيفة ومقتضياتها. فنرى أنه حتى يُسأل الطبيب عن المخالفة التأديبية، يتعين أن تتجه إرادته إلى الفعل أو الامتناع المكون للمخالفة. وهو عالم بأنه يرتكب مخالفة تأديبية ويعلم الجزاء المقرر لتلك المخالفة، وذلك حتى يُسأل عن خروجه هذا ويخضع للعقوبة التأديبية التي تتناسب مع مخالفته. كما أننا نرى أن العنصر المعنوي قد يساهم في اعتبار الخطأ جسيماً إذا كان متعمداً، أو ناتجاً عن إهمال وغفلة إذا كان غير متعمداً.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا 17 نوفمبر 1990، الطعن رقم 4276 لسنة 35 ق.ع،" المجموعة القانونية"، السنة 36، الجزء الأول، ص 82.

المطلب الثالث

العقوبات التأديبية التي يخضع لها الطبيب عن الإجهاض

أولاً: مفهوم العقوبة التأديبية.

تعرف العقوبة التأديبية بأنها "توقيع جزاء تأديبي على الموظف بسبب مخالفته لواجبات الوظيفة، وفقاً للإجراءات الواردة في القانون".([1])

ثانياً: المبادئ الأساسية التي يخضع لها توقيع الجزاء التأديبي.

يخضع الجزاء التأديبي لعدد من المبادئ الهامة، والتي منها: مبدأ شرعية العقوبة التأديبية، مبدأ عدم رجعية الجزاء التأديبي، مبدأ عدم تعدد العقوبات التأديبية عن مخالفة واحدة، مبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ. ونتناول هذه المبادئ على النحو التالي:-

(أ) مبدأ شرعية العقوبة التأديبية.

يخضع الجزاء التأديبي لقاعدة "لا عقوبة إلا بنص". وبالتالي لا يجوز للسلطة التأديبية توقيع أية عقوبة غير منصوص عليها في القانون، على الطبيب في حالة مساءلته تأديبياً. فالسلطة التأديبية إذا كان لها تقدير ما يعد مخالفة تأديبية، إلا أنها تكون ملزمة بتوقيع الجزاء التأديبي الذي حدده الشارع، وليس لها أن تبدله بغيرها.([2])

ونلاحظ أنه بالرغم من أن العقوبة الجنائية والعقوبة التأديبية

---

[1]) د. محمد محمد عبد اللطيف، د. شريف يوسف حلمي خاطر " القانون الإداري"، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٥، ص ٨٥٨ . راجع في ذلك د. محمد سيد أحمد محمد " التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة، دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، سنة ٢٠٠٢، ص ١٨٢ . المستشار. عادل يونس" الدعوى التأديبية وصلتها بالدعوى الجنائية "، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة"، السنة الأولى، العدد الثالث، سنة ١٩٥٧، ص ١٩ .

[2]) د. شيماء عبد الغني عطاالله، المرجع السابق، ص ١٠ .

يخضعان لقاعدة واحدة وهي "لا عقوبة إلا بناء على نص"، إلا أن المشرع حدد العقوبة التي تناسب كل جريمة. ويكون للقاضي تقدير هذه العقوبة ما بين حدها الأدنى وحدها الأقصى. أما العقوبة التأديبية فإن المشرع يكتفي ببيان قائمة العقوبات التأديبية الجائز توقيعها على الطبيب المخطئ، وذلك دون تحديد حد أدنى أو حد أقصى. بل الأمر متروك لسلطة التأديب في اختيار الجزاء الملائم، والذي يتناسب مع ظروف وملابسات كل حالة على حدة. ([1])

(ب) مبدأ عدم رجعية الجزاء التأديبي.

يخضع القرار التأديبي للقانون النافذ وقت صدوره، ولا يخضع للقانون الذي كان سارياً وقت ارتكاب المخالفة. وبالتالي يجب أن يكون الجزاء الموقع على الطبيب أو الصيدلي المخالف من الجزاءات الواردة في القانون الجديد إعمالاً للأثر المباشر له. وفي حالة ما إذا كان القانون الجديد قد ألغى جميع الأحكام المخالفة لأحكامه، فلا توقع العقوبة في ظل القانون الجديد الذي لم يرد نص بشأنها فيه، حتى ولو كان منصوصاً عليها في قوانين سابقة كانت سارية وقت حدوث الخطأ سبب المساءلة التأديبية. ([2])

(ج) مبدأ عدم تعدد العقوبات التأديبية عن مخالفة واحدة.

يقصد بهذا المبدأ عدم جواز معاقبة الطبيب مرتين عن مخالفة إدارية واحدة. وهو ما أكدت عليه المادة ٨٣ من اللائحة الداخلية

---

[1]) – ويلاحظ أن سلطة التأديب لا يكون لها حرية الاختيار في توقيع الجزاء التأديبي، في حالة ما إذا كان المشرع قد حدد جزاءً معيناً في حالة ارتكاب خطأ تأديبي معين، ويعد من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة/ ٩٥ من القانون رقم ١٩٥٤ من توقيع جزاء الفصل من الوظيفة العامة على العامل الذي يجمع بين عمل الوظيفة العامة الذي يتقاضى عنه مرتباً والقيام بإدارة أو عضوية مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة أو الاشتراك في تأسيسها أو الاشتغال لو بصفة عرضية بأي عمل ولو استشاري فيها، وسواء كان بأجر أو بغير أجر.

[2]) د. محمد محمد عبد اللطيف، د. شريف خاطر، المرجع السابق، ص ٨٧٥ .

لنقابة الأطباء الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٥ لسنة ١٩٧٤ بقولها "لا يجوز توقيع أكثر من عقوبة واحدة في الدعوى التأديبية الواحدة". ونلاحظ أن هذا المبدأ لا يتعارض معه ما يلي:-

١) إذا تعددت المخالفات التأديبية أو عند استمرار المخالفة، فالموظف في هذه الحالة يجازى عن مخالفات متعددة. وإذا استمر في مخالفته التي سبق وأن تم توقيع الجزاء عليه بسببها، فإن ذلك لا يمنع من عقابه مرة أخرى. وذلك حتى يكون عبرة لغيره، ولا يقدم على هذا الفعل مرة أخرى.

٢) إذا اقترن الجزاء التأديبي بإجراء إداري ليس له صفة العقوبة التأديبية. وذلك كأن يصدر قرار بتوقيع جزاء تأديبي، ثم يصدر قرار آخر بفصل الموظف بغير الطريق التأديبي.

٣) ليس هناك مانع من مجازاه الطبيب عن ذات الفعل بعقوبات أخرى بجانب العقوبة التأديبية. وذلك كأن يجازى جنائياً ويُسأل مدنياً.

(د) مبدأ تناسب الجزاء مع الخطأ التأديبي.

يقصد بهذا المبدأ ضرورة أن يتناسب الجزاء الذي توقعه السلطة التأديبية مع المخالفة التي ارتكبها الطبيب ويُسأل عنها تأديبياً. وذلك حتى لا تسيء السلطة التأديبية استعمال حقها في التأديب. وهو ما أطلق عليه القضاء الإداري مسمى " قضاء الغلو".

وقضت المحكمة الإدارية العليا في ذلك بأن "مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب. والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام سير المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى

الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب. وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة. ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره".([1])

ثالثاً: أنواع الجزاءات التأديبية التي يخضع لها الطبيب.

تختلف الجزاءات التأديبية بحسب القانون الذي ينظم الجزاءات. فالجزاءات المقررة للمخالفات المقررة للمخالفات التأديبية للموظف العام، تختلف عن تلك التي يقررها نظام التأديب في نقابة الأطباء والصيدلة. وذلك على النحو التالي:-

(أ) العقوبات التأديبية في قانون نقابة الأطباء.

حصر المشرع الجزاءات التأديبية التي يخضع لها الأطباء. وذلك وفقاً للقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩، والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٥، في ١٢يناير ٢٠٠٥، والذي نصت عليه المادة/ ٥٢ من قانون نقابة أطباء مصر على الآتي:([2])

---

[1]) حكم المحكمة الإدارية العليا ١١/٧/ ١٩٨٤، الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٥ ق.ع، مشار إليه د. محمد محمد عبد اللطيف، د. شريف خاطر، المرجع السابق ص ٨٧٨ .

[2]) كذلك انظر الجزاءات الخاصة بالصيادلة في القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء نقابة الصيادلة، الباب الخامس، النظام التأديبي، المادة/ ٤٥ .

١) التنبيه . ٢) الإنذار. ٣) اللوم.
٤) غرامة مهنية بحد أقصى ألف جنيه على أن تدفع لخزينة النقابة.
٥) الوقف لمدة لا تجاوز سنة.
٦) إسقاط العضوية من النقابة، ويترتب على ذلك شطب الاسم من سجلات وزارة الصحة، وفي هذه الحالة لا يكون للعضو الحق في مزاولة المهنة إلا بعد إعادة قيد اسمه في جداول النقابة وسجلات وزارة الصحة.

ولمجلس النقابة الفرعية أن ينبه الطبيب إلى تلافي ما وقع منه من أخطاء خاصة بالمهنة. ويجوز له أيضاً أن يوقع عليه غرامة مهنية بحد أقصى خمسين جنيها تدفع لصندوق النقابة. وذلك بعد دعوة الطبيب للحضور أمام المجلس لسماع أقواله. وللطبيب الحق في التظلم من هذا الجزاء أمام مجلس نقابة الأطباء خلال ثلاثين يوماً من إعلانه به، دون الإخلال بحق الطبيب في الطعن أمام القضاء طبقاً للقانون([1]).

ولمن صدر قرار تأديبي لإسقاط عضويته- سواء الطبيب أو الصيدلي- أن يطلب بعد مضي سنتين على الأقل من مجلس النقابة، إعادة قيد اسمه في الجدول. فإذا رأى المجلس أن المدة التي مضت على إسقاط عضويته كانت كافية لإصلاح شأنه وإزالة أثر ما وقع منه، جاز للمجلس أن يقرر إعادة العضوية إليه. وفي هذه الحالة تحتسب أقدميته من تاريخ هذا القرار. أما إذا رفض المجلس طلبه، جاز له تجديده بعد سنة من تاريخ الرفض. ذلك كله مع عدم الإخلال بحقه في الطعن أمام الجهات القضائية المختصة.([2])

---

[1]) راجع المادة ٥٥ بقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة الأطباء المصرية، والمعدلة بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

[2]) راجع لائحة وميثاق شرف الطب البشري، قرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤ . كذلك المادة ٥٩ من قانون إنشاء نقابة الأطباء بمصر، رقم٤٧ لسنة ١٩٦٩ . والمادة ٦٦ بشأن قانون نقابة الأطباء رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ .

وفيما يتعلق بالمرخص لهم بمزاولة مهنة التوليد (المولدة والمولدات ومساعدة المولدة ومساعدة المولدات والقابلة والقابلات)([1])، فإن رئيس مجلس التأديب له الحق في إيقافها عن مزاولة المهنة فوراً. وذلك في حالة وقوع إهمال جسيم منها تسبب عنه انتشار حمى النفاس وذلك حتى يفصل المجلس في حالتها. ولمجلس التأديب في حالة وجود أمور تمس استقامتها أو شرفها أو كفاءتها في مهنتها، أن يقرر إيقاف المرخص لها عن مزاولة المهنة مدة لا تجاوز سنتين أو محو اسمها من السجل. أو لأية مخالفة في مزاولة المهنة([2]).

أما العقوبات التأديبية التي يتعرض لها الأطباء في القانون الفرنسي، ورد النص عليها في المادة (٤١٢٤ - ٦) من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر في ٤ مارس لسنة ٢٠٠٢، والمعدل بالمرسوم ١٠٤٠ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم المهن الصحية، والتي تضمنت عقوبات أصلية وأخرى تبعية تمثلت في الآتي:-

أولاً: العقوبات الأصلية:([3])

---

[1]) نصت المادة ٤ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٨١ على أن "يستبدل بعبارات المولدة والمولدات ومساعدة المولدة ومساعدات المولدات والقابلة والقابلات الواردة في القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤، المرخص لها أو لهن بمزاولة مهنة التوليد، وذلك حسب الأحوال".

[2]) انظر المادة ١٠ من القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة التوليد بمصر.

[3])- Code de la santé publique. Chapitre IV : Chambres disciplinaires de première instance et conseils régionaux et interrégionaux. Article L4124-6 "Les peines disciplinaires que la chambre disciplinaire de première instance peut appliquer sont les suivantes :-

1° L'avertissement ;

2° Le blâme ;

3° L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les ==

١- الإنذار ٢- التوبيخ

٣- المنع المؤقت مع أو بدون وقف تنفيذ أو المنع الدائم من مزاولة إحدى أو عدة أو كل وظائف الطبيب أو طبيب الأسنان أو القابلة، الممنوحة أو المأجورة من طرف الدولة أو الأقاليم أو الدوائر أو المؤسسات العمومية أو المؤسسات ذات المنفعة العامة، أو من نفس الوظائف المنجزة بتطبيق القوانين الاجتماعية.

٤- المنع المؤقت من المزاولة مع أو بدون إيقاف تنفيذ هذا المنع، لا يجب أن يتجاوز ثلاث سنوات.

٥- الشطب من جدول النقابة.

ثانياً: العقوبات التبعية: (١)

= = établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ;

4° L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant excéder trois années ;

5° La radiation du tableau de l'ordre." (Modifié par Ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 - art. 1 JORF 27 août 2005).

[1]) -Article L4124-6, Le deuxième alinéa " Les deux premières de ces peines comportent, en outre, la privation du droit de faire partie du conseil départemental, du conseil régional ou du conseil interrégional et du conseil national, de la chambre disciplinaire de première instance ou de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre pendant une durée de trois ans ; les suivantes, la privation de ce droit à titre définitif. Le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme radié ne peut se faire inscrire à un autre tableau de l'ordre. La décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres conseils départementaux et de la chambre disciplinaire nationale dès qu'elle =

يضاف إلى جانب العقوبتين الأولى والثانية من العقوبات الأصليةن عقوبة الحرمان من حق المشاركة في المجلس الإقليمي، والمجلس المحلي أو المجلس ما بين المحلي والمجلس الوطني وكذلك من المشاركة في الغرفة التأديبية الابتدائية أو الغرفة التأديبية الوطنية للنقابة لمدة ثلاث سنوات. أما العقوبات التالية لها، فتتضمن الحرمان من هذا الحق بصفة نهائية. فلا يستطيع الطبيب أو طبيب الأسنان أو القابلة المشطوب اسمائهم من النقابة، أن يسجل نفسه في جدول آخر للنقابة. ويتم إبلاغ العقوبة الموقعة عليه إلى المجالس الإقليمية الأخرى، وإلى الغرفة التأديبية الوطنية بمجرد أن تصير تلك العقوبة نهائية.

يتم تطبيق العقوبات والموانع المقررة في هذه المادة (٤١٢٤- ٦) على كل أراضي الجمهورية. وفي حالة حدوث أفعال تم ارتكابها خلال مهلة الخمس سنوات من تاريخ إعلان عقوبة وقف التنفيذ، وأصبحت هذه العقوبة نهائية، وأصدرت الهيئة القضائية إحدى العقوبات المنصوص عليها في ثالثاً ورابعاً، فلا تطبق العقوبة الجديدة. ذلك لأن العقوبة الصادرة بوقف التنفيذ صارت نهائية.

(ب)الجزاءات التي يتعرض لها الطبيب إذا كان موظفاً عاماً.

= est devenue définitive.

Les peines et interdictions prévues au présent article s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la République.

Si, pour des faits commis dans un délai de cinq ans à compter de la notification d'une sanction assortie d'un sursis, dès lors que cette sanction est devenue définitive, la juridiction prononce l'une des sanctions prévues aux 3° et 4°, elle peut décider que la sanction, pour la partie assortie du sursis, devient exécutoire sans préjudice de l'application de la nouvelle sanction."

حددت المادة ٨٠ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، الجزاءات التأديبية التي يجوز تطبيقها على الموظف العام، والتي تتمثل في:

(١) الإنذار، ولا يخضع لها الموظفون شاغلو الوظائف العليا.

(٢) التنبيه واللوم، يجوز توقيعهما فقط على الموظفين شاغلي الوظائف العليا.

(٣) تأجيل موعد العلاوة، وذلك لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر في السنة.

(٤) الخصم من الأجر، لمدة لا تجاوز شهرين في السنة، ولا يجوز أن يتجاوز تنفيذ العقوبة ربع الأجر شهرياً بعد الربع الجائز الحجز عليه أو التنازل عنه قانونا.

(٥) الحرمان من نصف العلاوة الدورية.

(٦) الوقف عن العمل، ولمدة أقصاها ستة أشهر، على أن يعود الموظف إلى عمله بقوة القانون عقب انتهاء مدة الوقف، وهذا الوقف يؤدي إلى الحرمان من نصف المرتب طوال مدة الوقف.

(٧) تأجيل الترقية، ولمدة لا تزيد عن سنتين من تاريخ استحقاق الترقية، وليس من تاريخ صدور قرار الجزاء.

(٨) خفض الأجر، وذلك في حدود علاوة واحدة فقط.

(٩) الخفض إلى الوظيفة في الدرجة الأدنى مباشرة، وفي هذه الحالة يحتفظ العامل بالأجر الذي كان يتقاضاه عند توقيع العقوبة، كما يحتفظ بموعد العلاوة الدورية المستحقة للوظيفة الأدنى.

(١٠) الخفض إلى وظيفة في الدرجة الأدنى مباشرة، مع خفض الأجر إلى القدر الذي كان عليه قبل الترقية.

(١١) (١٢) الإحالة إلى المعاش والفصل من الخدمة، وكل من هذين الجزائين يؤدي إلى إنهاء علاقة الموظف بالدولة، ولكن فصل العامل تأديبياً يعد جزاء أقصى وأشد.

(١٣) الغرامة٠

رابعاً: سقوط الحق في توقيع الجزاء التأديبي٠

يسقط حق السلطة التأديبية في توقيع الجزاء التأديبي على الطبيب مرتكب الخطأ، إذا كان موظفاً عمومياً إلى العديد من الأسباب وهي كالتالي:-

أ) **وفاة الطبيب** : في هذه الحالة يمتنع اتخاذ أي اجراءات تأديبية ضد الطبيب٠ ويسقط الجزاء حتى إذا توفى الموظف قبل صدور القرار أو الحكم بفترة قصيرة٠ ولو توفى أثناء مرحلة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا٠

ب) **انتهاء خدمة الطبيب**: يسقط الحق في توقيع الجزاء التأديبي على الطبيب في حالة انتهاء خدمته٠ وذلك باستثناء إذا كانت المخالفة التي ارتكبها من المخالفات التي يترتب عليها ضياع حق من حقوق الخزانة العامة، لأنه في هذه الحالة يجوز مساءلة الموظف تأديبياً لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهاء خدمته٠

وفي الحالة التي يستقيل فيها الطبيب تهرباً من المسئولية٠ فلا تقبل مسئوليته إلا بعد الحكم في الدعوى التأديبية بغير جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش٠[1]

ج) **سقوط الجزاء بمضي المدة**: وذلك بمضي سنة من تاريخ علم الرئيس المباشر بوقوع المخالفة، وبثلاث سنوات من تاريخ ارتكابها٠ وتنقطع هذه المدة باتخاذ أي إجراء من الإجراءات فيما يتعلق بالتحقيق أو الاتهام أو المحاكمة٠ وتسري هذه المدة من جديد ابتداء من آخر إجراء٠ وفي حالة تعدد المتهمين، فإن انقطاع المدة بالنسبة لأحدهم،

---

[1]) وهو ما نصت عليه المادة ٩٧ من قانون العاملين المدنيين بالدولة، والتي تنص على انه " إذا احيل العامل إلى المحاكمة التأديبية، فلا تقبل استقالته إلا بعد الحكم في الدعوى بغير جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش"٠

يعني انقطاعها بالنسبة للباقين، ولو لم يكن قد اتخذ ضدهم أي إجراءات قاطعة للمدة.[1]

وجدير بالذكر أن سقوط الدعوى التأديبية يتعلق بالنظام العام، فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز لصاحب الشأن أن يدفع به لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا، والتي لها أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولو لم يدفع به الطبيب.

---

[1]) د. محمد عبد اللطيف، "الوظيفة العامة"، الكتاب الجامعي، طبعة ٢٠٠٤، ٢٠٠٥، ص ٨٨٩.

خاتمة البحث ونتائجه

بعد أن انتهينا من بحثنا للأحكام المتعلقة بالإجهاض، وتناولنا لآراء الفقه والعلماء والمفكرين، فضلاً عن مواقف كثيرة من التشريعات العربية والأجنبية- سواء التي جرمت أو التي أباحت- خلصنا إلى أن الإجهاض مازال أمراً تتناوله الأقلام، بل بات موضوعاً يطرح نفسه على ساحة النقاش باستمرار، سواء في الندوات أم المؤتمرات أم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، فمازال مجال البحث والاختلاف فيه قائماً. فمن كان يجرم بدأ في التخفيف من حدة التجريم، ومن كان يبيح بدأ في وضع شروط وإجراءات للحد من هذه الإباحة، غير أننا في النهاية استطعنا أن نتعرض لفكرة الإجهاض سواء باعتباره فعلاً مجرماً أو فعلا مباحاً، مع بيان موقف شريعتنا الإسلامية والتي كانت قد حسمت كل هذه الأمور من قبل، وإن كانت هناك أمور عديدة مستحدثة ظهرت نتيجة التقدم العلمي، إلا أن علماءنا وفقهاء الإسلام حاولوا جاهدين البحث عن حلول لتلك الأمور والتوفيق بين هذ الحلول وبين مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية.

ولا يبقى لنا إلا أن نعرض أهم النتائج التي توصلنا لها من خلال بحثنا في موضوع الإجهاض، والتي تعددت على النحو:-

١- يقصد بالإجهاض إخراج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعة، سواء أكان حياً أم ميتاً، ناقص الخلقة أو ناقص المدة، وسواء تم ذلك بفعل المرأة نفسها، أو بفعل الغير وبأية وسيلة، وهو ما ينتج عنه في النهاية إنهاء الحمل قبل الميعاد.

٢- يتشابه الإجهاض مع غيره من الأفعال المشابهة له والتي تتداخل معه في بعض الأحيان كمنع الحمل أو القتل، وانتهينا إلى اختلافه

عن كل منهم. فإن تشابه مع تلك الأفعال في بعض الأحيان، إلا أنه مختلف عنها تماماً، وإلا ادرجه المشرع الجنائي تحت طائفة جرائم القتل، أو اعتبر منع الحمل جريمة معاقباً عليها قانوناً.

٣- عاقب المشرع المصري عن جرائم الإجهاض العمدية فقط. وذلك دون تجريم الإجهاض غير العمدي، والذي قد ينشأ نتيجة إهمال أو رعونة.

٤- حرم التشريع الإسلامي الإجهاض استناداً إلى الظروف الاقتصادية والاجتماعية. لأن فيه تشكيك لقدره الله عز وجل، حيث أنه كفل رزق كل كائن خلقه.

٥- أقرت دار الإفتاء المصرية جواز إجهاض المغتصبة وإعادتها عذريتها، متى تم ذلك قبل مرور مائة وعشرين يوماً من الحمل. أما بعد فوات هذه الفترة الزمنية فلا يجوز إسقاطه إلا إذا كان وجود الحمل يمثل خطراً حقيقياً على حياة الأم.

٦- تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية بين مؤيد ومعارض. فاتجه البعض إلى تأييد الإجهاض استناداً إلى حق المرأة في الخصوصية وتحديد مصيرها. فضلاً عن اعتباره حلاً لبعض المشكلات كالحد من التزايد السكاني، وكذلك الحد من اللجؤ إلى الإجهاض غير الآمن. في حين اتجه جانب آخر إلى معارضة الحق في الإجهاض، استناداً إلى حق المرأة في الإنجاب وحق الجنين في أن ينعم بحياة مستقبلية خالية من المشاكل والعيوب.

٧- يرجع السبب في الاختلاف بين الواقع والقانون إلى اختلاف العادات والتقاليد، واختلاف الشعوب والحضارات والثقافات والأديان. وهو ما أدى إلى وجود وجهات نظر متباينة بين مؤيد ومعارض. ومع ذلك فليس لنا إلا أن نستند إلى أحكام شريعتنا الإسلامية، والتي تعرضت لبيان أحكام الإجهاض، حيث قررت تحريم الإجهاض بوجه

عام أياً كانت الأسباب المؤدية له. فقبل نفخ الروح - أي قبل مرور ١٢٠ يوماً من الحمل- لا يجوز الإجهاض إلا لحالة الضرورة القصوى، كما في حالة إجهاض المغتصبة أو إصابة الجنين بتشوه أو مرض خطير. أما فيما عدا ذلك لا يجوز الإجهاض قبل نفخ الروح. أما بعد نفخ الروح في الجنين فقد اتفق جمهور الفقهاء على تحريم الإجهاض، باستثناء حالة تعريض حياة الأم للخطر، ففي هذه الحالة يجوز الإجهاض ولو بعد فوات ١٢٠ يوماً على الحمل؛ وذلك لتقديم حياة الأم على حياة الجنين لأنها أصله.

٨- لا يكفي مجرد وجود جنين داخل الرحم للقول بإمكانية وقع جريمة الإجهاض، بل يشترط أن يكون الجنين حياً وقت اقتراف فعل الإسقاط. وعلى الرغم من ذلك اتجهت كثير من التشريعات إلى تجريم فعل الإسقاط، ولو وقع الاعتداء على امرأة حامل أو غير حامل، وكان من بين تلك التشريعات التشريع الكويتي.

٩- لا يعد إجهاضاً إتلاف البويضة الملقحة داخل الأنبوب وقبل زراعتها في رحم الأم، ومن ثم لا يكون جديرا بالحماية. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الحماية الجنائية لا تكون محلاً سوى للحمل المستكن في رحم المرأة الحامل وأن الفعل المؤدي إلى اتلاف البويضة الملقحة داخل الأنبوب، لم يؤد إلى هلاك الجنين داخل الرحم أو إخراجه قبل موعد ولادته الطبيعية. وكان هذا قصوراً من جانب المشرع؛ لأن الجدير بالحماية هي تلك المرحلة الهامة والتي لولاها ما كان الجنين أصلاً.

١٠- عدم إمكانية إضفاء الحماية الجنائية للجنين المستنسخ، وذلك لعدم نجاح عملية استنساخ الأجنة البشرية حتى الآن. وفي حالة افتراض نجاح تلك العملية. فقد أجمع العلماء على عدم جواز استنساخ البشر سداً لباب الاتجار بالبشر والاتجار بالجنس، وهو ما لا

تقبله الشريعة الإسلامية. ولم يحسم الأمر حتى وقتنا هذا، فيما يتعلق بإمكانية فرض نصوص تحمي الجنين المستنسخ في حال نجاح استنساخه.

١١- اتجهت بعض التشريعات الجنائية إلى العقاب على الشروع في الإجهاض. ومنها التشريع الجزائري والتشريع السوري وكذلك التشريع اللبناني والتشريع البلجيكي. وعلى العكس من ذلك فقد اتجهت تشريعات أخرى إلى عدم العقاب على الشروع في ارتكاب الإجهاض ومن بينها التشريع المصري. والذي يعد موقفه معيباً ومقصراً فيما يتعلق بهذا الأمر.

١٢- توسع المشرع المصري في تحديد الفاعل مع غيره في الإجهاض. واعتبر من يقتصر نشاطه على مجرد دلالة الحامل على الوسائل المؤدية للإجهاض، متى استخدمت الحامل تلك الوسائل وأدت إلى إجهاضها. وكان هذا خروجاً عن القواعد العامة في المساهمة الجنائية؛ وذلك لأن دلالة الحامل لا تعدو أن تكون مجرد فعل من أفعال المساهمة التبعية في جريمة إجهاض الحامل لنفسها. غير أن الفقه برر ذلك بأن دلالة الحامل على الوسائل المؤدية للإجهاض هي المرحلة الأساسية في المشروع الإجرامي والتي لولاها ما ارتكب النشاط الإجرامي وترتب على إثرها النتيجة المرجوة. ومع ذلك فليس كل من ساهم في إجهاض المرأة الحامل يُعد فاعلاً أصلياً، بل يعد شريكاً إذا اقتصرت مساهمته على التحريض أو الاتفاق أو المساعدة.

١٣- يعد إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض خطيرمن الأسباب التي تبيح الإجهاض. واختلف الفقه حول إمكانية إجهاض الجنين المشوه، فمنهم من اتجه إلى جوازه، متى تم ذلك قبل نفخ الروح. أما بعد نفخ الروح فلا يجوز إسقاط الجنين مهما كانت درجة التشوه، وذلك استناداً لحالة واحدة وهي إذا شكل الحمل خطراً على

حياة الأم. واتجه جانب آخر إلى عدم جواز الإجهاض في هذه الحالة واعتباره عملاً غير مشروع.

واختلفت نظرة التشريعات الوضعية في هذه الحالة، وفي النهاية حسم الفقه الإسلامي هذه المسألة، حيث اتجه غالبية الفقهاء إلى أنه إذا تم اكتشاف التشوهات في مرحلة ما قبل نفخ الروح فيجوز الإجهاض. وذلك إذا كانت التشوهات الخلقية خطيرة ومتعذراً علاجها. أما إذا كانت هذه التشوهات ممكنة العلاج، فلا يجوز الإجهاض لعدم وجود المبرر الشرعي المقتضي للإسقاط. أما بعد نفخ الروح في الجنين- بعد مرور ١٢٠ يوماً- فقد اتفق العلماء على تحريم الإجهاض مطلقاً، باستثناء حالة تعرض حياة الحامل للخطر. فعندئذ يجوز إسقاطه لو لم يكن فيه تشوه.

١٤- يأخذ حكم إجهاض المرأة المصابة بفيروس الإيدز نفس حكم إجهاض الأم غير المصابة. فيحرم بعد نفخ الروح، ويجوز قبله في حالة الضرورة القصوى.

١٥- التزم المشرع المصري الصمت حيال حكم إجهاض جنين المغتصبة، ولم ينص عليه صراحة ضمن النصوص المتعلقة بالإجهاض. ومع ذلك اتفق العلماء على إمكانية إجهاض جنين المغتصبة، بشرط أن يتم ذلك خلال المائة عشرون يوماً الأولى من الحمل متى تم الاغتصاب دون رضائها وأن يشكل هذا الحمل عبئاً نفسياً على المرأة وحملها، وكونه سبباً لتذكيرها بما تعرضت له من حادث أليم. أما بعد مرور هذه الفترة فلا يجوز الإجهاض. بل إن فوات هذه المدة- ١٢٠ يوماً- يعد دليلاً على رضاء المغتصبة بوجود الحمل.

١٦- أما التشريع الإسلامي فقد فرق بين الحمل الناشئ عن علاقة زنا والحمل الناشئ عن جريمة اغتصاب. واتجه غالبية العلماء

إلى عدم إجازة الإجهاض مطلقاً، إذا كان الحمل ناشئاً عن جريمة زنا برضا الطرفين حتى ولو قبل نفخ الروح. ومع ذلك إذا توافرت حالة الضرورة، يجوز الإجهاض على الرغم من كون الحمل ناتجاً عن علاقة زنا. أما إذا كان الحمل ناتجاً عن جريمة اغتصاب، فقد اتفق العلماء على إجازة الإجهاض في الأربعين الأولى بدون مسوغ. أما بعد فوات الأربعين الأولى يجوز الإجهاض في حالة الضرورة أو حالة إقبال المرأة على الانتحار. أما فيما عدا ذلك فلها أن تصبر وتحتسب ولها أجرها عند الله. أما بعد نفخ الروح فقد أجمع العلماء على تحريم الإجهاض باستثناء حالة الضرورة.

١٧- لا تعتبر جريمة الإجهاض في عداد الجرائم المستحيلة، إلا إذا لم يكن في الإمكان تحققها مطلقاً، كأن تكون الوسيلة التي استخدمت في ارتكابها غير صالحة البتة لذلك. أما إذا كانت الوسيلة صالحة بطبيعتها، ولكن لم تتحقق النتيجة بسبب ظرف آخر خارج عن إرادة الجاني، فإنه لا يصح القول بالاستحالة. أما المشرع الكويتي فيعاقب على الاستحالة القانونية متى توافرت في الإجهاض. ومن ثم إذا اعتقد الجاني بخلاف الحقيقة أن المرأة حامل وهي لم تكن كذلك، فإنه يخضع لنفس العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض.

١٨- وفيما يتعلق بإثبات الخطأ الطبي في مجال الإجهاض. فقد تم التفرقة بين نوعين من الالتزامات. كان الأول منها هو التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وفي هذه الحالة تلتزم الحامل بإثبات وجود التزام الطبيب ومضمونه، وأن النتيجة المطلوبة لم تتحقق، وهو ما أدى إلى إصابتها أو إصابة جنينها بضرر. ففي هذه الالة تقوم مسئولية الطبيب دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدد، وذلك وفقاً للمعيار العام للخطأ في جانب الطبيب.

أما إذا كان التزام الطبيب ببذل عناية، ففي حالة ارتكابه خطأ في حق المرأة الحامل أصابها أو أصاب جنينها بضرر، فيجب على الحامل أن تثبت خطأ طبيبها، والذي تمثل في انحرافه عن أصول مهنته أو إهماله وعدم احترازه، وذلك مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بهذا الخطأ، ومتى قدمت المضرورة دليلاً على إهمال الطبيب أو تهاونه في بذل العناية المطلوبة، فإن هذا الدليل يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض.

١٩- طبيعة العلاقة بين الطبيب ومساعديه كان أساسها مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، ولاحظنا أنه في مجال المسئولية التقصيرية يُسأل المتبوع عن أعمال تابعيه غير المشروعة على أساس الخطأ المفترض في جانب المتبوع، وذلك نتيجة سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته.

أما في مجال المسئولية العقدية، فإن الطبيب يعد مرتبطاً بالحامل بعقد علاج، ومن ثم إذا أصيبت الحامل بضرر نتيجة فعل أحد مساعدي الطبيب، أو بفعل شخص آخر أحل محل الطبيب في عمله، ففي هذه الحالة تنعقد مسئولية الطبيب العقدية عن فعل الغير فضلاً عن فعله الشخصي.

٢٠- وعن مسئولية الطبيب من خلال عمله في المستشفيات، فإن المستشفى العام تُسأل عن خطأ الطبيب على أساس المسئولية التقصيرية، وسواء كان العلاج بالمجان أو بأجر، ففي الحالتين يخضع المريض لنظام المستشفى الذي يحدد حقوقه والتزاماته، ولا يشترط في هذه الحالة ثبوت الخطأ المتمثل في حق المستشفى، فهي متعهدة بضمان سير المصلحة ومسئولة أمام الجمهور بصفة مباشرة عن خطأ الطبيب ولو كان شخصياً.

٢١- مسئولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب، تقوم على

أساس فكرة الضمان القانوني، حيث أن المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من أخطاء تصيب الغير حال تأديته الوظيفة أو بسببها. ويرجع السبب في ذلك إلى الثقة التي منحها المريض لهذه المستشفى، حيث وجود التزام عقدي بين المريض والمستشفى الخاص. وهو ما يجعلها تلتزم بمضمون هذا العقد، ومن ثم تلتزم بتعويض المضرور مع إقرار مسئولية الطبيب. وللإدارة في هذه الحالة أن ترجع بعد ذلك على الطبيب بالتنفيذ الإداري المباشر، أو بدعوى الحلول محل المضرور الأصلي، والتي تخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

٢٢- يشترط لانعقاد مسئولية الطبيب عن حراسة الأشياء، أن يكون الطبيب حارساً للشيء. أي أنه يباشر عليه سلطة فعلية وسيطرة على الآلات والأجهزة لحسابه. أما الشرط الثاني فيتمثل في ضرورة انتفاء العلاقة العقدية بين الطبيب وبين الحامل المضرورة.

٢٣- موقف المشرع المصري دون غيره من التشريعات الوضعية المقارنة، يشوبه القصور؛ وذلك عندما أورد النصوص الجنائية الخاصة بالإجهاض عامة ومبهمة دون بيان موقفه من الضرورات الملحة التي فرضتها الحياة العملية والعلمية. الأمر الذي يلزم معه إعادة النظر في تلك المسائل المتعلقة الإجهاض.

توصيات البحث

١- نوصي المؤمنين والمؤمنات بتقوى الله وتقوى أنفسهم، والحفاظ على حق الجنين في الحياة؛ ذلك لكونه حقاً مقدساً تكفله جميع الشرائع السماوية والدساتير والمعاهدات الدولية والوطنية، فالحق في الحياة هو أصل كل حقوق الإنسان في الكرامة والحرية والأمان، من أجل ضرورة المحافظة على النوع الإنساني.

٢- نهيب بالمشرع المصري ضرورة إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالإجهاض، على أن تكون شاملة ومتضمنة لكافة أحكامه، سواء التي تبيح أم التي تجرم. ويراعى أن تأخذ في اعتبارها المستحدثات الطبية والعلمية وما انتهت إليه أحكام الفقه الإسلامي، وذلك للحد من اللجؤ إلى الإجهاض السري للتخلص من الحمل غير المرغوب فيه.

٣- ضرورة إيجاد نص خاص يتعلق بالإجهاض غير العمدي، حيث أن الإجهاض قد يقع في بعض الحالات نتيجة لخطأ الجاني وإهماله، دون أن يكون متعمداً إتيان هذا الفعل.

٤- النص صراحة على إباحة إجهاض المغتصبة، وفقاً للشروط التي أقرتها دار الإفتاء، ووفقاً لقرارات مجمع الفقه الإسلامي؛ وذلك من أجل جبر خواطرها وشفائها من الحادث التي تعرضت له، ومن كل أحزانها وآلامها.

٥- النص صراحة على جواز اعتبار الإجهاض انقاذاً لحياة الأم من أحوال الضرورة التي توجب وقوعه، دون أن تكون النصوص المتعلقة بالإجهاض عامة ومبهمة، ودون أن يتركها لتقدير الطب والقضاء، مادام أن الحمل يهدد صحة الأم بالخطر أو يهدد سلامة جسمها بأخطار جسيمة.

٦- على المشرع المصري أن يضمن نصوص قانون العقوبات الخاص به، كافة الأحكام المتعلقة بالحماية اللازمة لطفل الأنابيب، وذلك

بدءاً من حماية حقه في الحياة قبل إعادة زرعه في الرحم، وانتهاء بولادته حياً خالياً من المشاكل والعيوب. فيلزم أن يتدخل المشرع ويتص صراحة على تجريم إتلاف البويضة الملقحة، حتى ولو كانت ما تزال في أنبوبة ولم يتم زراعتها داخل الرحم. واعتبار أن أي إتلاف أو إهلاك لها، من قبيل الإجهاض المعاقب عليه مع توافر باقي أركان الجريمة.

٧- ضرورة أن تتضمن النصوص المتعلقة بجرائم الإجهاض، النص صراحة على العقاب على الشروع في ارتكاب جرائم الإجهاض؛ وذلك نظراً لخطورة الجاني الإجرامية والتي ظهرت بمجرد شروعه في ارتكاب فعل الإجهاض. فطالما اتجهت نية الجاني إلى الفعل وبدأ في تنفيذه، فهذا دليل على تعمده إتيان الفعل المجرم، حتى ولو لم تقع النتيجة لسبب خارج عن إرادته. فندعو المشرع المصري إلى توفير الحماية الكاملة للمرأة الحامل، بإعادة النظر في النص الذي يقرر عدم العقاب على الشروع في الإجها.، ومراعاة العواقب التي قد تترتب على مجرد الشروع في ارتكاب فعل الإسقاط.

٨- يجب وضع تنظيم قانوني فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية. فقد يرتكب الإجهاض لحساب الشخص المعنوي المتمثل في المنشأة أو المستشفيات التي تجري فيها عملية الإجهاض غير المشروعة، الأمر الذي يتعين معه ضرورة التفات الشارع إليها.

٩- النص صراحة على الأسباب التي تبيح الإجهاض. ومن ثم تجعله فعلاً مباحاً وغير معاقب عليه، كالإجهاض لأسباب علاجية أو إجهاض الجنين المشوه. وكذلك النص صراحة على موانع المسئولية في الإجهاض، كتعرض المرأة لاغتصاب.

١٠- توصي المقدمين على الزواج بضرورة إجراء الفحص الطبي الشامل قبل الزواج وذلك للتأكد من عدم وجود أمراض وراثية أو

عيوب خلقية يمكن انتقالها من الآباء إلى الجنين، وذلك ما نص عليه قانون الطفل المعدل لسنة ٢٠٠٨.

١١- نوصي المرأة الحامل بضرورة المحافظة على حملها والبعد عن تناول المخدرات والمسكرات، واجتناب كافة الأساليب التي قد تؤثر على حملها بالسلب.

١٢- نوصي الأطباء عند إجراء الفحص المبكر للحمل، التأكد وقت التشخيص بإصابة الجنين بالفعل بمرض وراثي أو مرض خطير، وليس على سبيل التخمين أو الاحتمال، ذلك لأنه قد يخطأ الطبيب وقت التشخيص. الأمر الذي ينتج عنه إجهاض جنين لا ذنب له. على الأكثر من ذلك نهيب بالمشرع المصري وضع نص خاص يعاقب الطبيب الذي يخطأ في التشخيص الأمر الذي ينتج عنه جنين مشوه، بعقوبة جنائية إلى جانب المطالبة بالتعويض مدنياً عن ذلك.

١٣- نهيب بالمشرع المصري ضرورة النص صراحة ضمن النصوص المتعلقة بالإجهاض، على إمكانية إجهاض الجنين في حالة اكتشاف إصابته بتشوه أو مرض وراثي خطير، وذلك مع إدراجه لشروط وإجراءات معينة يتم الإجهاض من خلالها، حتى لا يتم التحايل على هذه النصوص.

١٤- نظراً لأن المسئولية الطبية المدنية ذات طبيعة خاصة. فنهيب بالمشرع أن يشملها بنصوص خاصة تتفق مع طبيعتها الخاصة، على أن تشمل تلك النصوص الحرية والثقة والاطمئنان فيما يتعلق بعمل الطبيب. وفي المقابل ضمان حياة المريض وسلامته.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

١- معاجم عربية:

- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظورالأفريقي، دارالقلم، بيروت، سنة ١٩٧٩ ٠
- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، دار القلم، بيروت، سنة ١٩٨٩ ٠
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة سنة ٢٠٠٠ ٠
- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، طبعة سنة ٢٠٠٠ ٠

٢- مراجع في الشريعة الإسلامية:-

أولاً- القرآن الكريم

ثانيا – كتب التفسير:

- "جامع البيان في تفسير القرآن"، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفي سنة ٣١٠ هـ، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر٠
- "تفسير القرآن العظيم لابن كثير"، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٦ ٠
- "الجامع لأحكام القرآن"، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفي في ٦٧١هـ، الجزء الثاني عشر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م ٠
- "التبيان في أقسام القرآن" للعلامة شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفي عام ٧٥١ هـ، تصحيح الشيخ طه يوسف شاهين، دار الطباعة المحمدية، طبعة صفر ١٣٨٨هـ٠

ثالثاً- كتب الحديث:

- "صحيح البخاري"، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المتوفي سنة ٢٥٦هـ، ضبط وتخريج وشرح د.

مصطفى ديب البغا، الجزء الثالث، دار ابن كثير واليمامة، بيروت، الطبعة الخامسة، سنة ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م .

• "صحيح مسلم"، شرح النووي، لمحي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الشافعي،(٦٣١- ٦٧٦)هـ،"حد الزنا"، الجزء الحادي عشر، دار الريان للتراث، سنة ١٩٨٧م- ١٤٠٧هـ .

• "صحيح الإمام مسلم"، للإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، المتوفى عام ٢٦١هـ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة ١٣٧٤هـ.

• "عون المعبود في شرح سنن أبي داود"، لمحمد شمس الحق العظيم آبادي، الجزء الأول، دار الفكر، سنة ١٩٩٥ .

• سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المتوفى عام ٣٠٣هـ، بشرح السيوطي وحاشية السندي، حققه مكتب تحقيق التراث الإسلامي،طبعة دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٤هـ.

رابعا- كتب الفقه الإسلامي:

* كتب الفقه الحنفي::

• "حاشية ابن عابدين، رد المحتاج على الدر المختار"، شرح تنوير الأنصار لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الشهير بابن عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

• "حاشية منحة الخالق"، لابن عابدين على هامش كتاب البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر .

• "تكملة البحر الرائق، شرح كنز الدقائق"، للطوري محمد بن حسين النسفي عبد الله بن أحمد، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة،

الجزء الثامن، سنة ١٣١١هـ - ١٨٩٤م، ٠
• "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف"، لأبي الحسن على سليمان المرداوي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الأول٠
كتب الفقه المالكي:
• "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير"، للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المتوفي سنة ١٢٣٠هـ، المطبعة الأزهرية، سنة ١٣٤٥ هـ ٠
"تحفة المحتاج بشرح المنهاج"، لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، الجزء السابع، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت٠
كتب الفقه الشافعي:
• "الأم"، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤ هـ ، مطابع دار الفكر، بيروت سنة ١٣٨٨ هـ- ١٩٦٨ م٠
• "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" للشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي، الشهير بالشافعي، المتوفي في عام ١٠٠٤ هـ، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، سنة ١٣٠٤هـ٠
• "إحياء علوم الدين للغزالي"، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفي عام ٥٠٥ هـ، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت ٠
كتب الفقه الحنبلي:
• "تحفة المودود بأحكام المولود"، للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفي عام ٧٥١هـ، حققه بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٢
• "الطب النبوي"، للإمام أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية، إعداد المكتب العالمي للبحوث، تحت إشراف عبد المنعم العالي، دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر، بيروت، طبعة ١٤٠٣ هـ ٠
• "المغني" شرح مختصر الخرقي، للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد

بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفى في عام ٦٢٠هـ، مطبعة عالم الكتب، بيروت٠

● " زاد المعاد"، لابن القيم، طبعة المطبعة المصرية، الجزء الثالث، بدون سنة نشر٠

كتب الفقه الظاهري:

● "المحلى"، لابن محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى عام ٤٥٦هـ، مكتبة الجمهورية، الجزء الحادي عشر، سنة ١٣٩٢ هـ، سنة ١٩٧٢م ٠

٣ـ مراجع عامة:ـ

● د. أحمد شوقي أبو خطوة - "شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات" ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥ ٠

- "القانون الجنائي والطب الحديث" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩ ٠

● د. أحمد عوض بلال "مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦ ٠

● د. أحمد فتحي سرور " الوسيط في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١ ٠

● د. أحمد لطفي السيد، د. أحمد فاروق زاهر " شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، طبعة الكتاب الجامعي، سنة ٢٠٠٦ ٠

● د. إسماعيل بدوي، د. أحمد رسلان " مبادئ القانون الإداري"، مطبوعات كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة، سنة ١٩٩٤ ٠

● د. حسن صادق المرصفاوي "قانون العقوبات، القسم الخاص"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٧٨ ٠

● د. حمدي أمين عبد الهادي "الإدارة العامة العربية المعاصرة،

أصولها العلمية وتطبيقاتها المقارنة"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٧ ٠

• د. رءوف عبيد - "مبادئ القسم العام من التشريع العقابي"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٧٩ ٠

- "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٥٠

• د. رمسيس بهنام" القسم الخاص في قانون العقوبات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢ ٠

- "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال "، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٨٥ ٠

• د. زكي محمد النجار "الوجيز في الحكومة والقطاع العام" الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٦ ٠

• د. سعاد الشرقاوي "المسئولية الإدارية"، دار المعارف بمصر، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٣ ٠

• د. سليمان مرقس "شرح القانون المدني في الإلتزامات"، المطبعة العالمية، سنة ١٩٦٤ ٠

• د. شريف حلمي يوسف خاطر "الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦ ٠

• د. صلاح الدين فوزي "المبسوط في القانون الإداري"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨٠

• د. عبد الرازق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١ ٠

• د. عبد الرءوف مهدي - "شرح القواعد العامة لقانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩ ٠

- "شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، طبعة نادي القضاة، سنة ٢٠٠٣ ٠

• د. عبد المهيمن بكر "القسم الخاص في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٨ .
• د. عمر السعيد رمضان- "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦ .
• د. عمر حلمي فهمي "القانون الإدراي، الموظف العام والضبط الإداري"، الجزء الأول، مطبعة جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٠ .
• د. على راشد " الإرادة والعمد والخطأ وعلاقة السببية في نطاق المسئولية الجنائية"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الثامنة، يناير ١٩٦٦ .
• د. غنام محمد غنام - "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، طبعة الكتاب الجامعي، طبعة ٢٠٠٧ .
- "الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة- نظرية الجزاء"، بدون دار نشر، طبعة ٢٠١١ .
• د. فوزية عبد الستار- "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص "،دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٧٧ .
- "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٨٣ .
• د. فيصل عبد الله الكندري، د. غنام محمد غنام" شرح قانون الجزاء الكويتي، الجزء الخاص" الطبعة الأولى، الكويت، سنة ٢٠٠٦ .
• د. مبارك عبد العزيز النويبت "شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي"، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، سنة ١٩٩٧ .
• د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم "المسئولية الجنائية للشريك بالمساعدة، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤ .
• د. محمد زكي أبو عامر" قانون العقوبات، القسم العام" دار

الجامعات الجديدة للنشر، سنة ١٩٦٦ .

- د. محمد عيد الغريب "الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة"، بدون دار نشر، سنة ١٩٩٥،١٩٩٤ .
- د. محمد عصفور "طبيعة الخطأ التأديبي"، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السادسة، العدد الأول.
- د. محمد كامل أبو ليلة، "الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية"، دار النهضة العربية
- د. محمد محمد عبد اللطيف- "قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسئولية السلطة العامة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥ .
  - "الوظيفة العامة"، الكتاب الجامعي، طبعة ٢٠٠٥.
- د. محمد محمد عبد اللطيف، د. شريف يوسف حلمي خاطر "القانون الإداري"، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٥ .
- د. محمود عاطف البنا "الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري، الدعاوى الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠ .
- د. محمود محمد حسن - "التشريع الجنائي الإسلامي، عقوبة القتل"، طبعة الكتاب الجامعي، سنة ٢٠٠٦ .
  - "أحكام الميراث والوصية"، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٦ .
- د. محمود محمود مصطفى - "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٤ .
  - "الإثبات في المواد الجنائية"، الجزء الأول، بدون دار نشر، سنة ١٩٧٧ .
- د. محمود نجيب حسني - "أسباب الإباحة في التشريعات العربية"، منشورات معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٢ .

- "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء الأشخاص" دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٨ ٠

- "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩ ٠

• د. وهيب عياد سلامة "المنازعات الإدارية ومسئولية الإدارة عن أعمالها المادية، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات القضاء في فرنسا ومصر"، دار النهضة المصرية، سنة ١٩٩٢

• د. الشافعي محمد بشير "قانون حقوق الإنسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، الطبعة الخامسة ، منشأة دار المعارف، الأسكندرية، سنة ٢٠٠٩ ٠

٤ـ مراجع متخصصة:ـ

• د. أحمد جعفر "الإجهاض وتنظيم الأسرة"، المركز القومي للبحوث، عدد يونيو، سنة ١٩٧٤ ٠

• د. أحمد عبد الكريم سلامة "الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة بين قانون العقوبات الدولي والقانون الدول الخاص، دراسة تأصيلية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٨٥ ٠

• د. أحمد زكي عويس" مسئولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مكتبة جامعة طنطا، سنة ١٩٩٠

• د. أيمن مصطفى الجمل "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١٠ ٠

• د. بدر محمد السيد اسماعيل "حكم إسقاط الجنين المشوه، في الفقه الإسلامي والطب الحديث" دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، سنة ٢٠١٠ ٠

• د. ثروت عبد الحميد "الإجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه

الوراثية، مدى مشروعيته ومدى المسئولية عنه في ضوء أحكام الشريعة وقواعد القانون الوضعي" بحث منشور بمجلة الحق شريعة وقانون، تصدر عن جمعية الحقوقيين، بالإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ٠

- د. حسن صادق المرصفاوي "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي"، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد الثالث، نوفمبر سنة ١٩٥٨ ٠
- د. حسن محمد ربيع "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٩٦ ٠
- د. حمدي رجب عطية "المسئولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي"، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة ٩٣، العدد ٤٦٥-٤٦٦، من يناير إلى إبريل ٢٠٠٢
- د. خليل البدوي "الاستنساخ: برمجة الجنس البشري والحيواني والنباتي بين العلم والدين" الناشر: منير النجار، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠ ٠
- د. رأفت حماد "مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد العشرون، سنة ٢٠٠٥ ٠
- د. رءوف عبيد "السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دراسة تحليلية مقارنة"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٤ ٠
- د. رمسيس بهنام - "السببية الجنائية بين الفقه والقضاء"، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٨٣ ٠
- د. سونداري رافيندران "معلومات لصانعي السياسات، حزمة معلومات المنتدى الدولي للإجهاض الدوائي"، الجزء الرابع، بدون دار

نشر ٠
• أ. سمير عبد السميع الأودن "مسئولية الطبيب الجراح، وطبيب التخدير ومساعديهم، مدنياً وجنائياً وإدارياً"، منشأة دار المعارف، الأسكندرية، سنة ٢٠٠٤ ٠
• د. سمير الشناوي - "الخطر كأساس للتجريم والعقاب" المجلة العربية للدفاع الإجتماعي، العدد الثامن، أكتوبر ١٩٧٨ ٠
- "الشروع في الجريمة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٢ ٠
• سليمان مرقص "مسئولية الطبيب ومسئولية إدراة المستشفى، تعليق على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ٢٢ يونيه ١٩٣٦" بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٣٧ ٠
• د. سليمان الطماوي "الجريمة التأديبية" دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٥ ٠
• د. شحاته عبد المطلب حسن أحمد "الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، سنة ٢٠٠٦ ٠
• د. شوقي زكريا الصالحي "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١ ٠
• د. عبد العظيم مرسي وزير "افتراض الخطأ كأساس للمسئوليه الجنائية، دراسة مقارنة في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨ ٠
• د. عبد الفتاح أو الليل "مسئولية الأشخاص العامة، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨ ٠
• أ. عادل يونس "الدعوى التأديبية وصلتها بالدعوى الجنائية "،

بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة"، السنة الأولى، العدد الثالث، سنة ١٩٥٧ ٠

- د. عباس شومان "إجهاض الحامل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية"، الطبعة الأولى الدار الثقافية، القاهرة سنة ١٩٩٩
- أ. عبد السلام التونجي "المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي" بدون دار نشر، وبدون سنة نشر،
- د. عبد العزيز محمد محسن "الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة" دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ ٠
- د. عبد الهادي مصباح "العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية، رؤية مستقبلية للطب والعلاج خلال القرن الحادي والعشرين"، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، سنه ٢٠٠١ ٠
- د. عبد الرحمن النفيسة "الإجهاض [illegible] وأحكامه"، مقال منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السابع، سنة ١٤٠٠هجرياً- الموافق١٩٧٩ ٠ وهي مجلة مستقلة تصدر بمدينة الرياض، السعودية ٠
- د. عبد الرشيد مأمون "علاقة السببية في المسئولية المدنية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥ ٠
- د. عبد الرءوف بسيوني "الجريمة التأديبية وعلاقتها بالجريمة الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٥ ٠
- د. عمر السعيد رمضان "فكرة النتيجة في قانون العقوبات"، مجلة القانون والإقتصاد، عدد مارس سنة ١٩٦١ ٠
- د. غنام محمد غنام "دور البصمة الوراثية في الإثبات"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون،٢٢- ٢٤ صفر ١٤٢٣هـ،

الموافق ٥- ٧ مايو ٢٠٠٢ ٠

- د. فتوح الشاذلي "الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب "، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٩ ٠
- د. فوزية عبد الستار"النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧
- د. محسن عبد الحميد البيه "نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة ١٩٩٣ ٠
- د. محمد أيمن صافي "الإيدز وباء العصر"، دار المنارة، جدة، السعودية، سنة ١٩٨٧ ٠
- د. محمد علي البار- "خلق الإنسان بين الطب والقرآن "، الدار السعودية ، جدة الطبعة الثالثة، سنة ١٩٨١

- "مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية"، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م٠
- "الجنين المشوه والأمراض الوراثية"، الدار الشامية بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٨ ٠

د. محمد نور شحاته "استقلال المحاماه وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٧ ٠

- د. محمد هشام القاسم" المسئولية الطبية من الوجهة المدنية" بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨١،
- د. محمد محمد سويلم "مسئولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، منشأة دار المعارف، الأسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩ ٠

- د. محمد مرسي "حمل سهل وولادة بلا ألم" مكتبة القرآن، القاهرة، سنة ١٩٨٣ ٠
- د. محمود أحمد طه محمود "الإنجاب بين التجريم والمشروعية"، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٠ ٠
- د. محمود أبو السعود حبيب "نظرية التأديب في الوظيفة العامة"، دار الثقافة الجامعية بجامعة عين شمس، طبعة ٢٠٠٥ ٠
- د. محمود نجيب حسني "النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨ ٠
- أ. مغاوري شاهين "المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وفقا لأحكام القوانين ٥٨، ٦ لسنة ١٩٧١، ٤٧ لسنة ١٩٧٢" مكتبة عالم الكتب، القاهرة، طبعة ١٩٧٤٠
- د. منير رياض حنا "المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة"، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية، طبعة [illegible] ٠
- د. منير شحود، مقال بعنوان "الاستنساخ، أنواعه وآفاق تطبيقاته"، صحيفة الحوار المتمدن، العدد ٦٨٨، بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠٠٣ ٠
- د. نجيب ليوس "الطريق الصحيح لتشخيص وعلاج العقم"، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢ ٠
- د. هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين ، بين التجريم الجنائي والإباحة"، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦ ٠
- د. وفاء حلمي أبو جميل "الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٧ ٠
- أ. السيد عبد الوهاب عرفة "المسئولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، مقارن بالشريعة الإسلامية"، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩ ٠

٥ـ رسائل علمية:ـ

❖ إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم "أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي " رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣- ٢٠٠٢ ٠

❖ د. إيهاب يسر أنور على "المسئولية المدنية والجنائية للطبيب" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤ ٠

❖ تاج السر أحمد الجازولي محمد "جريمة الإجهاض في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، سنة ٢٠١٠ ٠

❖ د. جلال ثروت "الجريمة متعدية القصد"، رسالة دكتوراه، جامعة الأسكندرية، سنة ١٩٥٩، منشأة المعارف بالأسكندرية، طبعة ١٩٦٥ ٠

❖ د. حمدي على عمر "المسئولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، بدون سنة نشر٠

❖ د. شيماء عبد الغني عطاالله "مدى إعمال قواعد المسئولية الجنائية في مجال المسئولية التأديبية"، رسالة ماجستير ، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٠ ٠

❖ د. عبد المهيمن بكر "القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٩ ٠

❖ د. على عيسى الأحمد " المسئولية التأديبية للأطباء، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ٠

❖ د. محمد جودت الملط " المسئولية التأديبية للموظف العام"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٦٧ ٠

❖ د. محمد سيد أحمد محمد "التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة، دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، سنة ٢٠٠٢ ٠

❖ د. محمد محمد القطب سعد "المسئولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء، مشكلاتها وخصوصية أحكامها"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠١٢ ٠

❖ د. منال مروان منجد "الإجهاض في القانون الجنائي، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢ ٠

٦ـ فتاوى إسلامية:ـ

- فتاوى الإمام محمد شلتوت "دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة "، دار الشروق ، الطبعة الثامنة عشر، سنة ٢٠٠١
- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، المجموعة الأولى- المجلد الحادي والعشرون (الرضاع- الكفارات) إسقاط الحمل عمداً ٠ الجزء الحادي والعشرون ٠
- فتاوى دار الإفتاء المصرية٠
- فتاوى مجمع الفقه الإسلامي ٠
- د. يوسف القرضاوي "من هدي الإسلام، فتاوى معاصرة"، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الثامنة، سنة ١٩٧٥ ٠

٧ـ دوريات:ـ

- مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الأولى، العدد الثالث، سنة ١٩٥٧
- مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ١٣، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٦٩ ٠
- مجلة مصر المعاصرة، السنة ٩٣، العدد ٤٦٥- ٤٦٦، من يناير إلى إبريل ٢٠٠٢ ٠
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السابع، سنة١٤٠٠هـ- الموافق١٩٧٩م، وهي مجلة مستقلة تصدر بمدينة الرياض، السعودية٠
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٨، السنة ٢٢ لسنة ١٩٩١ ٠
- مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون

بدمنهور، العدد العشرون، سنة ٢٠٠٥ ٠

- مجلة الحق شريعة وقانون، تصدر عن جمعية الحقوقيين، بالإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ٠

- مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨١ ٠

- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، حقوق عين شمس، لسنة ١٩٩٨ ٠

- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الثامنة، يناير ١٩٦٦ ٠

- مجلة القانون والإقتصاد، عدد مارس، سنة ١٩٦١ ٠

- مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٣٧ ٠

- مجلة المحاماه المصرية، نقابة المحامين، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٢ ٠

- مجلة المحاماه المصرية، نقابة المحامين، العدد الثالث، طبعة ٢٠٠٣ ٠

- مجلة المحاماه المصرية، نقابة المحامين، العدد الرابع، طبعة ٢٠٠٥ ٠

- المجلة العربية للدفاع الإجتماعي، العدد الثامن، أكتوبر ١٩٧٨ ٠

٨ـ أحكام المحاكم:

- أحكام النقض المدنية والجنائية لعام ٢٠٠١ ٠

- مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية والجنائية، السنة ٢٠ ٠

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ٠

- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ٢٧ ٠

- مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ٣٥، طبعة ١٩٧٤ ٠

- مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة ٠

- مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية

والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية الجزائية"، العدد الثالث عشر، سنة ٢٠٠٢ ٠

- مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية، السنة ٤٨، من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٧ ٠

- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية"، السنة ٢٠، العدد الثاني، إبريل إلى يونيو ١٩٦٩ ٠

- المجموعة العشرية الجنائية من أول يناير سنة ١٩٩١ حتى ٣١ ديسمبر سنة ٢٠٠١

- الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ ١٩٤٦ حتى ١٩٨٥، الطبعة الأولى، إصدار الدار العربية للموسوعات بالقاهرة، الجزء ٢٣، ١٩٨٧ ٠

- الموسوعة الذهبية لأحكام محكمة النقض" حسن الفكهاني"٠

- المجموعة العشرية الجنائية من أول يناير ١٩٩١ حتى ديسمبر ٢٠٠١ ٠

- المجموعة القانونية لأحكام محكمة النقض، السنة ٤٨ ٠

٩ـ مؤتمرات وندوات:ـ

- الندوة السابعة لعام ١٩٩٣م، تحت عنوان "الأحكام المتفرعة على اكتشاف مرض الإيدز"، عرض الجانب الفقهي لتاريخ المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، منذ نشأتها في يناير ١٩٨١، ثم ندوتها الفقهية الأولى في مايو ١٩٨٣، حتى ندوتها الخامسة عشر في أكتوبر ٢٠٠٢م٠ مقدم إلى المؤتمر العالمي الثامن الذي تعقده المنظمة بالقاهرة تحت عنوان"الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية"٠

- المؤتمر الدولى للسكان والتنمية بالقاهرة في عام ١٩٩٤

١٠ـ مواقع عبر الإنترنت:ـ

- ✓ www.f-law.com
- ✓ www.dar-alifta.org
- ✓ www.al-fath.net/new
- ✓ www.alittihad.ae/
- ✓ www.Fiqhacademy.org.sa
- ✓ www.tabeebe.com
- ✓ www.islamset.com
- ✓ http://en.wikipedia.org
- ✓ www.islamic.com
- ✓ www.lahaoonline.com
- ✓ http://www.courdecassation.com
- ✓ www:peregabriel.com/aveomaria/article.php?id=3598
- ✓ http://www.startimes.com/f.aspx?t=7855385
- ✓ http://www.albainah.net/index.aspx?function=Item&id=5289&lang
- ✓ www.arabcitycare.com/LinkClick.aspx?link=73&tabid=71...ar
- ✓ http://www.courdecassation.com
- ✓ http://www.masrawy.com/News/Egypt/Politics/2010/june/15/harss-egy.aspx?ref=rss
- ✓ http://kenanaonline.com/users/ashrafassy/topics/98436/posts/312832
- ✓ www.islamicmedicine.org.

- Paris,15 févr. 1996: Gaz. Pal. 1996. 1, chron. crim. 50.
- Cass. Crim. 5 mai 1997.
- Cass. Crim. 23 oct. 2001. Bull. Crim, no 217.
- Tribunal administrative d'appel, Paris, 7 mai 2002, Mme A,C/AP.HP, Actualité juridique- droit administrative, 2003 .
- Cour d'appel de Versailles du 30 janvier 2003.
- Cass. Crim. 2 octobre 2007, n° 07-81.259, Bull. crim. n° 234

  Cass. Crim. 14 mai 2008, Bull. Crim mai 2008, no 199.
- Cass. Crim. 25 Juin 2008, Bull. Crim Juin 2008, no 167.
- Cass. Crim. 2 Mars 2010, Bull. Crim mars 2010, no 44
- T. corr. Versailles, 15 janv. 1947: S. 1947.
- Crim. 28 mars 1950: Bull. crim. n° 117; D. 1951. Somm. 5; S. 1950. 1. 176; RSC 1950.
- Cass. Crim 6 juin 1952: D. 1954. 494; JCP 1952. II. 7074; Gaz. Pal. 1952.
- Cass. Crim. 5 avr 1954. Bull. Crim. No, 140.
- Cass. Crim. 26 mai 1956: Bull. crim. n° 396.
- Cass. Crim 23 oct. 1956: Bull. crim. No, 656.
- Tribunal admistrative de Paris, 19 oct 1965; Sieur Layent, Revue du droit public et de la science politique, 1966.
- Cass. Crim. 1er déc. 1971: Bull. crim. n° 330; Dalloz. 1972.
- Tribunal admistrative de Nantes, 30 juill 1971, Debuission. Actualité juridique- droit adminstrative, 1972.
- Cass. Crim. 9 nov. 1972: Bull. crim. n° 333; D. 1973. Somm. 17; Gaz. Pal. 1973.

• Conseil Constitutionnel, 15 janvier 1975, Décision 64- 54 DC Rec. 19, RJC 1-30.

• Cons. 15 janvier 1975, décis. n° 74-54, Grands arrêts, L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 12e éd. Dans sa récente décision Vo c/ France du 8 juillet 2004.

• Tribunal admistrative de Paris, 4mai 1988, M. Ojalvo, Les petites affiches, 16 oct 1991.

• Tribunal admistrative de Paris, 20 déc 1990, précité.Revue francaise de droit administrative, 1992.

• Conseil d' Etat 2 uill 1982. Recueil Dalloz, 1991.

• Conseil d' Etat 27 sept 1989. Recueil Dalloz, 1991.

- Unesco: "Le Clonage Humain- Questions éthiques". Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 2004.

- Jacques Vallin, Guillaume J. Wunsch: "Histoire des idées et politiques de population". INED, 2006.

- Stéphanie Villers: "L'avortement et la justice, une répression illusoire?, discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique (1918-1940)". Presses univ. de Louvain, 2009.

- World Health Organization. L'avortement médicamenteux, questions cliniques les plus fréquentes, 2008.

i. Décisions Judiciaires:

• Cass. Crim. 16 nov. 1923: DA 1923.

• Cass. Crim. 9 nov. 1928: DH 1928. 577; DP 1929

• Cass. Crim 16 avr. 1932: Bull. crim. n° 107.

• Cass. Crim. 20 oct. 1938. Bull. Crim. No 206.
• Poitiers. 16 aout 1940. DC, 1941.
• Cass. Crim 21 janv. 1942: DA 1942. Somm. 5; JCP 1942. II. 1821 (1re esp.), rapp.
• Cass. Crim. 25 févr. 1942: DA 1942.
• Cass. Crim. 30 juill. 1942. Bull.Crim. No, 98.
• Cass. Crim. 5 nov. 1941: S. 1942.
• Cass. Crim. 1 mars 1944. Bull. Crim. No 83; DA 1944; Gaz. Pal 1944.
• Cass. Crim. 1 mars 1945. Bull. Crim. No, 17.
• Cass. Crim. 6 août 1945: Gaz. Pal. 1945. 2. 143; RSC 1946.
- Serge Mongeau, Renée Cloutier: "L'avortement", Éditions du Jour, 1968.
- Neirinck: "L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ?", 2003.
- Sylvester N. Osu: "Construction D'identité Et Processus D'identification". Peter Lang, 2010.
- J. Pradel: "La mort du foetus, le délit d'homicide involontaire et les hesitations de la Cour de Cassation", 2004.
- J-Pradel. Marguénaud; E. Severin: "Réparer ou punir? L'interruption accidentielle de grossesse devant la Cour EDH, D". 2004.
- Sandra Reineke. Beauvoir and Her Sisters: "The Politics of Women's Bodies in France". University of Illinois Press, 2011.
- Evelyne Serverin: "Vie et mort du foetus au regard du droit

pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée", 1997.
- Pierre Sargon: "Réflexions "Médico- Légales" sur l'interruption volantaire de grossesse pour motif thérapeutique", J.C.P.G; N° 21-22-23 Mai 2001.
- F. Sudre: "Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie, Mélanges C". Mouly, Litec, 1998.
- Tarakji: "L'avortement criminel, Etude Médico- légale, juridique et psycho- sociale these". Toulouse 1937.
- Pacéré Titinga: "L'avortement et la loi", Impr. Nouvelle du Centre, 1983.
- Michel Tournaire: "Le bonheur d'être mère, La grossesse après 35 ans". Odile Jacob, 2005.
- Florence Massias: "Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ?". Revue de science criminelle 2005.
- Matthews Mathai, Harshad Sanghvi, Richard J. Guidotti: " Prise En Charge Des Complications De La Grossesse et De L'accouchement- Guide Destine a La Sage-femme et Au Medecin". World Health Organization, 2004.
- Yves Mayaud: "Du foetus à l'enfant né vivant... : suite ou fin ?, (Cass. crim. 2 déc. 2003, n° 03-82 344, Bull. crim. n° 230, D. 2004)". Revue de science criminelle, 2004 .
- Yves Mayaud: "Du foetus à l'enfant né vivant: un bilan d'inégalités !". Revue de science criminelle 2004.
- Bertrand Mathieu: "Le droit à la vie, dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes". Council of

Europe, 2006.
- Jean-Noël Missa:"Le devoir d'expérimenter, études philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale". De Boeck Supérieur, 1996.
- Jean-Noël Missa, Charles Susanne:De l'Eugénisme d'état à l'eugénisme privé". De Boeck Supérieur, 1999.
- Sandra Grant Marchand, Jean-Ernest Joos, Véronique Lefebvre: "Métamorphoses et clonage". Musée d'art contemporain de Montréal, 2001.
- Jean Mouly: "Du prétendu homicide de l'enfant à naître- Défense et illustration de la position de la Cour de cassation". Revue de science criminelle 2005.
- Philippe Faucher, Daniel Hasson: "L'avortement médicamenteux". Secundair de Buick, 2005.
- Rachel Ginnis Fuchs: "Poor and Pregnant in Paris. Strategies for Survival in the Nineteenth Century". Rutgers University Press, 1992.
- Jean François Seuvic: "Protection de l'embryon humain; assistance médicale à la procréation, clonage, recherche; articles 511-15 à 511-28 du code penal", Revue de science criminelle 2004 .
- N. Fricéro. "Dr. famille octobre", 2004.
- Sophie Gamelin-Lavois, Martine Herzog-Evans: "Les droits des mères- La grossesse et l'accouchement". l'Harmattan, 2003.
- Catherine Gourbin: "Santé de la reproduction au Nord et au

Sud". Presses univ. de Louvain, 2010.
- Sandra Grant Marchand, Jean-Ernest Joos, Véronique Lefebvre: "Métamorphoses et clonage". Musée d'art contemporain de Montréal, 2001.
- Guyénot: "La responsabilité des personnes morales publiques et privés". Thése, Lyou, 1959.
- François Guy, Michèle Guy: "L'avortement, documents pour une information et une réflexion sur un problème d'actualité". Les Éditions du Cerf, 1971.
- Gilbert Hottois, Jean-Noël Missa: "Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie". De Boeck Supérieur, 2001.
- Philippe Letellier: "L'euthanasie, Aspects éthiques et humains". Council of Europe, 2003.

c) Références en Français:-

ii. Livres et articles.

- Henry Berger: "L'Avortement, histoire d'un débat". Flammarion, 1975.
- Françoise Cailleau: "Cellules souches et santé des femmes". Anthemis, 2007.
- Nicolas Chambon de Montaux: "Des maladies de la grossesse", Sans d'édition, sans l'année de publication.
- Jean Dalsace, Anne Marie Dourlen-Rollier: "L'avortement". Casterman, 1970.
- Gilles Dutertre: "Key Case-law Extracts, European Court of

Human Rights". Council of Europe, 2003.
- John J. Dillon: "Guérir des blessures de l'avortement, Un chemin d'espérance". Médiaspaul 2007 .
- Monique Dinan: "Sortir l'avortement du silence, le choix de la vie est un pari sur l'avenir". Mouvement d'aide a la maternité ... en collaboration avec le Comité pour le respect de la vie, 2002.
- Marine Driessen, Jérémie Belghiti, Yaël Blumental: "Gynécologie-Obstétrique". De Boeck Secundair, 2008.
- Louis Favoreu, Loic Philip: "Les grandes decisions du Coneil Consitutionnel, éd". Dalloz, 9éd 1997.
- Emmanuelle Rial-Sebbag: "Agnès Thomas. Ethique et législation, Médecine légale - Médecine du travail - Médecine sociale-Santé publique - Sécurité sanitaire". De Boeck Secundair, 2005.
- Auguste Féval: "Le Droit à la vie". Ed. du Réveil du peuple, 1941
❖ Case of Petropoulou- Tsakiris v. Greece, (Application no. 44803/04). Judgment, Strasbourg 6 December 2007. Final 06/03/2008.
❖ Case of TV Vest AS Rogaland Pensjonistpartiet v. Norway, (Application no. 21132/05). Judgment, Strasbourg 11 December 2008. Final 11/03/2009.
❖ Case of Mcfarlane v. Ireland, (Application no. 31333/06). Judgment, Strasbourg 10 September 2010.

❖ Case of A, B and C v. Ireland. (Application no. 25579/05), judgment, Strasbourg 16 December 2010.

❖ Case of Hoffer and Annen v. Germany,(Applications nos. 397/07 and 2322/07). Judgment, Strasbourg 13 January 2011.

❖ Case of T.N. v. Denmark,(Application no. 20594/08). Judgment, Strasbourg 13 January 2011.

❖ Case of Bowman v. The United Kingdom, (141/1996/760/961). Judgment, Strasbourg 19 February 1998.

❖ Case of Gast and Popp v. Germany, (Application no. 29357/95). Judgment, Strasbourg 25 February 2000.

❖ Case of Odiever v. France, (Application no. 42326/98). Judgment, Strasbourg 13 February 2003.

❖ Case of Vo v. France. (Application no. 53924/00). Judgment, Strasbourg 8 July 2004.

❖ Case of Lloyd and Others v. The Untied Kingdom, (Applications nos. 29798/96, 30395/96, 34327/96, 34341/96, 35445/97 36267/97, 36367/97, 37551/97, 37706/97, 38261/97, 39378/98, 41590/98, 41593/98, 42040/98, 42097/98, 45420/99, 45844/99, 46326/99, 47144/99, 53062/99, 53111/99, 54969/00, 54973/00, 54997/00, 55046/00, 55068/00, 55071/00, 56109/00, 56231/00, 56232/00, 56233/00, 56429/00, 56441/00, 2460/03, 2482/03, 2483/03, 2484/03 ,and 2490/03) Judgment, Strasbourg 1 March 2005. Final 06/07/2005.

❖ Case of Draon v. France, (Application no. 1513/03). Judgment, Strasbourg 6 October 2005.

❖ Case of Saliba v. Malta, (Application no. 4251/02). Judgment, Strasbourg 8 November 2005. Final 08/02/2006.

❖ Case of Maurice v. France, (Application no. 11810/03). Judgment, Strasbourg 21 June 2006.

❖ Case of Veraart v. The Netherlands, (Application no. 10807/04). Judgment, Strasbourg 30 November 2006. Final 28/02/2007.

- Roe v. 'Wade". 410 U.S. 113. 314 F.Supp. 1217 affirmed in part and reversed in part. 1973.
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. 833, No. 91-744, 505 U.S, 91-902. Argued April 22, 1992 - Decided June 29, 1992.
- Stenberg v. Carhart. No. (99-830) 530 U.S. 192F.3d 1142 Argued April 25, 2000- Decided June 28, 2000.
- Scheidler v. National organization for women, INC. No. (01-1118) 267 F.3d. Argued December 4, 2002- Decided February 26, 2003.
- Ayotte, Attorney General of new Hampshire v. Planned parenthood of Northern new England. No (04-1144) 546 U.S. 390 F. 3d. Argued November 30, 2005- Decided January 18, 2006.
- Gonzales, Attorney General v. Carhart, No. (05–380), 413 F.3d 791. Argued November 8, 2006 - Decided April 18, 2007.

3) Decisions of the European Court of Human Rights.

❖ Case of Handyside v. The United Kingdom, (Application no. 5493/72). Judgment, Strasbourg 7 December 1976.

❖ Case of Dudgeon v. the United Kingdom, (Application no. 7525/76). Judgment, Strasbourg 22 October 1981.

❖ Case of Plattform "Arzte for Das Leben" v. Austria, (Application no. 10126/82(. Judgment, Strasbourg 21 June 1988.

❖ Case of Oberschlick v. Austria, (Application no. 11662/85). Judgment, Strasbourg 23 May 1991.

❖ Case of M.s. v. Sweden, (74/1996/693/885). Arret /Judgment, Strasbourg 27 August 1997.

- National Disability Authority; Crisis pregnancy agency. (National Women's Council Ireland, 2005).
- Malcolm Potts, Peter Diggory, John Peel: "Abortion", CUP Archive, 1977.
- Errol R. Norwitz, John O. Schorge: "Obstetrics and Gynaecology at a Glance", John Wiley & Sons, 2010.
- Robert P. George, Christopher Tollefsen: "Embryo- A Defense of Human Life". Doubleday, 2008.
- Sharyn L. Roach Anleu: "Law and Social Change", SAGE Publications Ltd, 2009.
- Lauren R. Sass: "Abortion, freedom of choice and the right to life, Fact on life". New York, 1978 .
- Kerri Schuiling, Frances Likis: "Women's Gynecologic Health", Jones & Bartlett Publishers, 2012.

- Joanne Stone, Keith Eddleman: "The Pregnancy Bible, Your Complete Guide to Pregnancy and Early Parenthood"; Firefly Books, 2003.

- United Nations. Dept. of Economic and Social Affairs. Population Division: "Abortion Policies -a Global Review", United Nations Publications, 2002.

- Peter Wall: "American government, reading and cases, scott, foresman and company". U.S. Ninth edition 1987.

2)Decisions of U.S. Supreme Court.

❖ United States v. Vuitch, 402 U.S.62, 1971.

- Colin Francome: "Abortion in the USA and the UK", Ashgate Publishing, Ltd., 2004.

- Joan Haran: "Human Cloning in the Media, From Science Fiction to Science Practice". Routledge, 2008.

- Laurence H. Tribe: "Abortion, The Clash of Absolutes". Norton, 1992.

- Suzanne Holland, Karen Lebacqz: "The Human Embryonic Stem Cell Debate- Science, Ethics, and Public Policy". MIT Press, 2001.

- Intecon: "Abortion ! Pros And Cons, Arguments, Views, Facts - Information"; Author House, 2004.

- Krista Jacob: "Abortion Under Attack, Women on the Challenges Facing Choice". Seal Press, 2006.

- Gina Kolata: "Clone- The Road To Dolly, And The Path Ahead"; HarperCollins, 2001.

- Arlene Judith Klotzko: "A Clone of Your Own?- The Science and Ethics of Cloning"; Cambridge University Press, 2006.
- Peter Kreeft: "Three Approaches to Abortion, A Thoughtful and Compassionate Guide to Today's Most Controversial Issue". Ignatius Pressm 2002.
- Volker Langholf: "Medical Theories in Hippocrates: Early Texts and the Epidemics". Walter de Gruyter, 1992.
- Danielle Mazza: "Women's Health In General Practice", Elsevier Australia, 2011.
- Ministry of Health and Social Affairs, Sweden. The Swedish Abortion Act, 1995.
- Council of Europe, European Committee for Equality between Women and Men. "Guaranteeing Freedom of Choice in Matters of Reproduction, Sexuality and Lifestyles in Europe, Trends and Developments: International Forum, Tallinn (Estonia), 27-29 November 1997". Council of Europe, 1999.
- Centre for Reproductive Rights: "Safe and legal abortion is a woman's human right". New York, August 2004.
- Alvarez Lajonchere C: "Commentary on abortion law and practice in Cuba". International Journal of Gynecology and Obstetrics, 1989.
- L.B Curzon: "Criminal Law. The M.E. Handbook series". London, Seventh edition 1994.
- Gillian Douglas: "Law fertility and reproduction". London, Third edition 1973.

- J. Douglas, F.Walbert: "Abortion, Medicine, and the law". Factone life publication, third edition 1986.

- Dolores Dooley: "Ethics of New Reproductive Technologies- Cases and Questions". Berghahn Books, 2003.

- Karen E. Bender, Nina De Gramont: "Choice, True Stories of Birth, Contraception, Infertility, Adoption, Single Parenthood, & Abortion". Mac Adam Cage, 2007.

- European Charter of Patients' Rights, "Basis document". Rome, November 2002.

- Ann Fessler: "The Girls Who Went Away, The Hidden History of Women Who Surrendered Children for Adoption in the Decades before Roe V. Wade"; Ann Fessler, 2007.

References in English:-

1) Books and Articles.

- Rahman A, Katzive L, Henshaw: "A global review of laws on induced abortion 1985-1997". International Family Planning Perspectives, 1998.

- African Union, Protocol to the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights relating to the Rights of Women. Maputo, 2003.

- Philip Baker: "Teenage Pregnancy and Reproductive Health". RCOG, 2007.

- Jennifer Baumgardner: "Abortion & Life". Akashic Books, 2008.

- Thomas Banchoff: "Embryo Politics- Ethics and Policy in

Atlantic Democracies". Cornell University Press, 2011.
- Angela Bonavoglia: "Choices We Made, 25 Women and Men Speak Out About Abortion"; Random House, 1992.
- David Boonin: " A Defense of Abortion". Cambridge University Press, 2002.
- Francis Beckwith: "Defending Life- A Moral and Legal Case Against Abortion Choice". Cambridge University Press, 2007.
- Gaylene Becker: "The Elusive Embryo- How Women and Men Approach New Reproductive Technologies". University of California Press, 2000.
-. Leslie Cannold: "The Abortion Myth, Feminism, Morality, and the Hard Choices Women Make". University Press of England, 2000.
- Daniel Cohen: "Cloning - Revised Edition". Millbrook Press, 2002.

فهرس الموضوعات

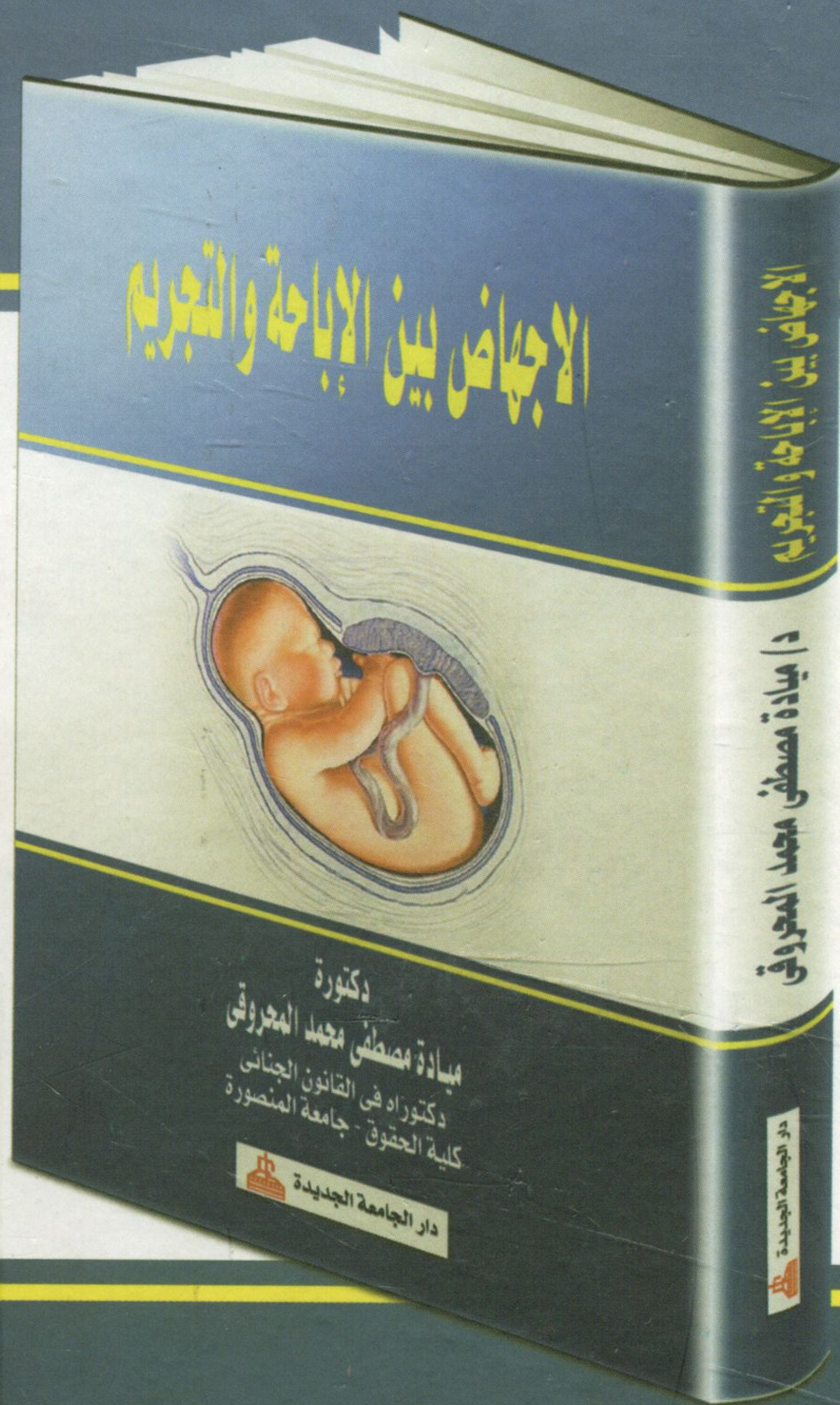
رقم الإيداع	٢٠١٢/٢٢٥٥٢
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-6410-49-7	

 دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com





ISBN : 977-6410-49-7



دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com